

DIE VERTEILUNG DER BEWEISLAST
IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN

Wolfgang Auer

5

1963

DIE VERTEILUNG DER BEWEISLAST
IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN

Dissertation

vorgelegt der

Rechts- und Wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät
der Johannes Gutenberg - Universität

in Mainz



von

Wolfgang Auer

1963

Referent: Professor Dr. P. SCHNEIDER
Korreferent: Professor Dr. ARMBRUSTER

Tag der mündlichen Prüfung: 28.2.1963



MEINEN ELTERN

- M E I N E N E L T E R N

INHALTSÜBERSICHT

Schrifttumsverzeichnis	Seite
Abkürzungsverzeichnis	X
	XXI
Einleitung	
<u>1. Teil: GRUNDFRAGEN DER BEWEISLAST</u>	
1. Kapitel: Begriff und Bedeutung der Beweislast	
I. Das Problem der Beweislast im Allgemeinen	3
1. Die Rechtsanwendung	3
2. Die Möglichkeit des "non liquet"	3
3. Die Bedeutung der Beweislastregeln im Fall des "non liquet"	3
4. Die Beweislastregeln sind ein Teil der Lehre von der Rechtsanwendung	4
II. Die subjektive und die objektive Beweislast (Beweisführungs- und Feststellungslast)	
1. Die Notwendigkeit einer Unterscheidung	5
2. Die objektive Beweislast	5
3. Die subjektive Beweislast	5
4. Die Behauptungslast	6
III. Die Beweislast in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz und in Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz	
1. Die Notwendigkeit von Beweislastregeln auch in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz	7
2. Nur objektive Beweislast unter der Herrschaft der Untersuchungsmaxime	8
3. Die Behauptungslast	9
IV. Die Stellung der Beweislastnormen im Rechtssystem	
Die möglichen Theorien	
1. Die prozessrechtliche Theorie	10
2. Die materiellrechtliche Theorie	10
2. Kapitel: Die Verteilung der Beweislast	
I. Die Verteilung der Beweislast im Allgemeinen	
1. Die Notwendigkeit einer Verteilung	12
2. Die Frage nach dem Grund der Beweislastverteilung: Erklärungsprinzip und Verteilungsprinzip	12
3. Das Erklärungsprinzip soll zunächst untersucht werden	13
II. Das allgemeine Erklärungsprinzip, entwickelt aus den Verteilungsprinzipien	
1. Die Verteilungsprinzipien im Zivilprozess und Strafprozess	14
a) für den Zivilprozess	14

b) für den Strafprozess	16
2. Die "ausserprozessuale" Werthaftigkeit der Prozesssubjekte	18
3. Die Bedeutung der Werthaftigkeit	21
a) im Zivilprozess herrscht das Prinzip der Gleichordnung	21
b) im Strafprozess stehen sich Staat und Einzelner in ungleicher Position gegenüber	24
4. a) Ist die Werthaftigkeit der Prozesssubjekte allein für die Beweislastverteilung massgeblich?	24
b) Die Verbindung zwischen dem Eigenwert der Rechtssubjekte und ihrer Verhaltenswahrscheinlichkeit	25
aa) für den Zivilprozess	26
bb) für den Strafprozess	28
III. Die normativ bestimmten Vermutungen als Grundlagen des allgemeinen Erklärungsprinzips der Beweislastverteilung	
1. Die normativ bestimmten Vermutungen	28
2. a) Der Vermutungsbegriff als Wahrscheinlichkeitsannahme	28
b) Die Vermutung "favorisiert"	29
c) Die normativ bestimmten Ausgangsvermutungen als Verbindung zwischen Normenelement und Faktenelement	30
aa) Das Spannungsverhältnis zwischen normativ bestimmten Vermutungen, gezeigt am Beispiel des Strafprozesses	32
bb) Auctoritas und Potestas in ihrer Wirkung auf die normativ bestimmte Vermutung zu Gunsten des Staates	34
d) Die aus den normativ bestimmten Vermutungen abzuleitenden Regeln sind <i>leges generales</i>	36
3. Das Erklärungsprinzip der Beweislast	36
4. Nocheinmal: Das Erklärungsprinzip der Beweislast und seine Richtigkeit	37
a) im Zivilprozess	37
b) im Strafprozess	38
5. Das Erklärungsprinzip ist für alle Verfahren gleich. Aus ihm werden die verschiedenen Verteilungsprinzipien abgeleitet	39
IV. Das Verteilungsprinzip	
1. Im Zivilprozess und Strafprozess	40
2. Es gibt kein allgemeines Verteilungsprinzip	41
3. Kapitel: Die Erscheinungsformen der Beweislast	
I. Die allgemeinen Beweislastregeln	
1. Die Beweislastregeln sind Ergänzungsnormen	41
2. <i>Leges generales</i> und <i>leges speciales</i>	41
II. Die Sondernormen der Beweislast	
1. Arten der Sondernormen	42

VII

a) Schlichte Zuweisungsnormen	43
b) Gesetzlich normierte Tatsachen - und Rechtsvermutungen	43
2. Tatsächliche Vermutungen	44
Zusammenfassung des 1. Teiles	45
<u>2. Teil: DIE BEWEISLAST IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN</u>	
1. Kapitel: Allgemeines zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren	
I. Gibt es eine Beweislast im Verwaltungsprozess	
1. Das geltende Recht	46
2. Es herrscht der Untersuchungsgrundsatz	46
3. Die objektive Beweislast im Verwaltungsprozess	47
4. Die Bedeutung der Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren	49
II. Die Anwendbarkeit zivilprozessualer Normen im Verwaltungsprozess	
1. § 173 VwGO	49
2. Das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip des Zivilprozesses kann im Verwaltungsstreitverfahren nicht angewandt werden	50
3. Besonderheiten bei der Revision	52
2. Kapitel: Der gegenwärtige Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozess	
I. Anhand typischer Fälle sollen die Grundauffassungen gezeigt werden	
II. Das preussische Oberverwaltungsgericht	52
III. Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18.4.1956 als Ausgangspunkt	53
3. Kapitel: Einordnung der verschiedenen Auffassungen	
I. Mögliche Verteilungsgrundlagen	
1. Es bieten sich drei Möglichkeiten der Verteilung an:	56
a) Die Prozesstellung der Parteien ist ausschlaggebend	56
b) Die Klageart ist ausschlaggebend	56
c) Die Verteilung wird aus dem materiellrechtlichen Grundver- hältnis entnommen	57
II. Untersuchung der Möglichkeiten	
1. Ausschluss der ersten Möglichkeit	57
2. Ausschluss der zweiten Möglichkeit	57
3. Die Beweislastverteilung muss dem materiellrechtlichen Grund- verhältnis entnommen werden.	58
4. Kapitel: Das allgemeine Verteilungsprinzip der Beweislast im Verwal- tungsprozess	
I. Das gewonnene Erklärungsprinzip	

VIII

	1. Die Ableitung des Verteilungsprinzipes	60
	2. Die öffentlichrechtlichen Streitigkeiten und die Beteiligten im Verwaltungsprozess	60
II.	Die Rechtsträger im Verwaltungsstreitverfahren	
	1. a) Der Staat als Hoheitsträger	61
	b) Der "Eigenwert" des Staates	64
	2. a) Der Einzelne	64
	b) Der "Eigenwert" des Einzelnen	65
III.	Die Werthaftigkeit der Rechtsträger nach dem Grundgesetz	
	1. Das Bekenntnis des Grundgesetzes, Art. 20 GG	65
	a) Die Würde des Menschen, Art. 1 Abs. I GG	66
	b) Die Entscheidung des Grundgesetzes für die Freiheit. In dubio pro libertate	70
	2. a) Notwendigkeit der Grenzen der staatlichen Zuständigkeit	71
	b) Freiheit und Menschenwürde als begrenzende Masse	71
	c) Staatliche Zuständigkeiten als Ausnahmen von der freiheitlichen Regel	72
IV.	Das Verhältnis der Werträger im Verwaltungsstreit	
	1. Das Prinzip der Gesetzmässigkeit	73
	2. Der Fall des non liquet	74
	a) Die Bedeutung des Wertverhältnisses der Prozesssubjekte	74
	b) Die normativ bestimmten Vermutungen	75
	3. Das vorläufige Beweislastverteilungsprinzip	75
V.	Das Subsidiaritätsprinzip	
	1. Die Ansprüche des Einzelnen an den Staat, insbesondere Sozialansprüche	76
	2. a) Der Anspruch auf staatliche Hilfeleistung als Ausnahme von der freiheitlichen Regel	76
	b) Das Subsidiaritätsprinzip	77
	c) Die freiheitliche Regel unter der Herrschaft des Subsidiaritätsprinzips	78
	3. Bedeutung für die Beweislastverteilung	79
VI.	Das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip im Verwaltungsstreitverfahren	
	1. Formulierung	80
	2. Ermessensentscheidungen	83
	a) ist das Ermessen von Bedeutung für die Beweislast?	83
	b) Das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip gilt auch für Ermessensentscheidungen.	83
VII.	Die sogenannten "Parteistreitigkeiten" und das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip im Verwaltungsprozess	

IX

1. Keine Unterscheidung mehr nach der VwGO. Die Unterscheidung bleibt jedoch der Sache nach erhalten
2. a) Der Begriff der Parteistreitigkeiten
b) Gleichordnung und Über- und Unterordnungsverhältnis
3. Die Anwendbarkeit des zivilprozessualen Verteilungsprinzipes im Bereich der Parteistreitigkeiten
4. Das gewonnene, allgemeine Beweislastverteilungsprinzip gilt nicht für die "Parteistreitigkeiten"

5. Kapitel: Die bisherige Rechtsprechung und Lehre im Verhältnis zu dem vorgeschlagenen Beweislastverteilungsprinzip

- I. Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes
 1. - 7. Beispiele
- II. Die übrige Rechtsprechung
- III. Die Lehre

6. Kapitel: Zusammenfassung des 2. Teiles und Schlussbetrachtung

- I. Zusammenfassung
- II. Schlussbetrachtung

Lebenslauf

SCHRIFTTUMSVERZEICHNIS

- ALSBERG, Max Der Beweisantrag im Strafprozess, 2., von Karl-Heinz Nüse neu bearbeitete Auflage, Berlin 1956
- ANTONIOLLI, Walter Allgemeines Verwaltungsrecht, Wien, 1954
- ARNDT, Adolf Das rechtliche Gehör, in: NJW 1959/6
- Beweislast für die Kriegsdienstverweigerung, in: JZ 1960/273
- Das nicht erfüllte Grundgesetz, in: "Recht und Staat" Heft 224, Tübingen 1960
- BACHOF, Otto Die Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes, in JZ 1957/374
- Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, in: VVDStRL 12/37
- Reflexwirkungen und subjektive Rechte im öffentlichen Recht, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 287, München, 1955
(zitiert: Bachof, Reflexwirkungen)
- BAUHOFFER, Arthur Wer vor Gericht gestellt wird, muss freigesprochen oder verurteilt werden, in: Strafprozess und Rechtsstaat, Festschrift zum 70. Geburtstag von Prof. Dr. H. Pfenninger, S. 15.
- BAUMBACH, Adolf und LAUTERBACH, Wolfgang Kommentar zur Zivilprozessordnung, 23. Aufl. München und Berlin 1954 (zitiert: Baumbach-Lauterbach, ZPO Komm.)
- BENDER, Bernd Allgemeines Verwaltungsrecht, 2., neubearbeitete und erweiterte Aufl., Freiburg i. Br. 1956
- BERNER, D. Drei Abhandlungen zum preussischen Verwaltungsstreitverfahren, in: Verw. Arch. 31/428
- BETTERMANN, Karl August Wesen und Streitgegenstand der verwaltungsgerichtlichen Klage, in: DVBl 1953/163, 1953/202
- Verwaltungsakt und Richterspruch, in: Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, S. 361, München, 1955
- Zur Beweislast im Verwaltungsprozess, in: DVBl 1957/84

- BLOCH, Rolf Der Doppelcharakter der individuellen Freiheitsrechte als Schutz des Einzelnen und als institutionelle Garantie der Demokratie, Diss., Bern 1954
- BRAUCHITSCH, M. von Die preussischen Verwaltungsgesetze, Bd. I 24. Aufl. Berlin 1930, Bd. II 2. Halbband, 22. Aufl. Berlin 1932
- BRAUER, Helmuth Der Zivilrechtsfall in Prüfung und Praxis, 3. Aufl., neubearbeitet von Egon Schneider, Berlin und Frankfurt 1960
- BRILL, Hermann Die Freiheitsrechte und die menschliche Gemeinschaft, in: Recht, Staat Wirtschaft, Bd. IV 1953 S. 17
- DE CLERCK, Hans Zur Beweislast in Kriegsdienstverweigerungsfällen. Anm. zum Urteil des BVerwG vom 24. 7. 1959, abgedruckt in JZ 1960/18, in: JZ 1960/13
- COING, Helmut Grundzüge der Rechtsphilosophie, Berlin 1950 (zitiert: Coing, Rechtsphilosophie)
- Die obersten Grundsätze des Rechts, in: Schriften der süddeutschen Juristenzeitung, Heidelberg, 1947 (zitiert: Coing, oberste Grundsätze)
- DAHLINGER, Erich Die Beweislast im Verwaltungsprozess, in: NJW 1957/7
- Schlusswort, in: NJW 1957/620
- DEPPE, Günter Die Beweislast im Verwaltungsverfahren und im Verwaltungsprozess, Diss. Münster, 1961 (zitiert: Deppe, Beweislast)
- DIBELIUS, Otto Grenzen des Staates, Tübingen 1949
- DÜRING, Günter Verfassung und Verwaltung im Wohlfahrtsstaat, in: JZ 1953/193
- Der Grundrechtssatz von der Menschenwürde. Entwurf eines praktikablen Wertsystems der Grundrechte aus Art. 1 I in Verbindung mit Art. 19 II GG in: AÖR 81/117 (zitiert: Dürig, Menschenwürde)
- ECHELBERG, Willy Grundriss der öffentlichen Fürsorge, Berlin 1959
- ENNECCERUS, Ludwig Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band I, 14. Aufl. bearbeitet von H.C. Nipperdey, 1. Halbband, Tübingen 1952, 2. Halbband, Tübingen 1955
- WOLFF, Martin

- ENNECCERUS, Ludwig Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, Band II, 13. Aufl.
KIPP, Theodor bearbeitet von Heinrich Lehmann, Tübingen 1950
WOLFF, Martin
- EYERMANN, Erich Kommentar zum Verwaltungsgerichtsgesetz für Bayern,
und FRÖHLER, Ludwig Bremen, Hessen und Württemberg-Baden, München und
Berlin 1950
(zitiert: Eyermann-Fröhler, VGG Komm.)
- Kommentar zur Verwaltungsgerichtsordnung, München
und Berlin 1960
(zitiert: Eyermann-Fröhler, VwGO Komm.)
- FECHNER, Erich Rechtsphilosophie, Tübingen 1956
- FECHNER, Erich und Verfassungswidrigkeit und Rechtsmissbrauch im Aktien-
SCHNEIDER, Peter recht, zwei Gutachten, Tübingen 1960
- FEEDER Die Beweislast im Verwaltungsrechte, in: Fischers Zeit-
schrift für Verwaltungsrecht, 66/297
- FINER, Hermann Der moderne Staat (Theorie und Praxis) Stuttgart und
Düsseldorf 1957. (Übersetzung)
- FITTING, Hermann Die Grundlagen der Beweislast, in: ZZP 13/1
- FORSTHOFF, Ernst Lehrbuch des Verwaltungsrechts, I. Band, 8. Aufl.,
München und Berlin 1961
(zitiert: Forsthoff, Verwaltungsrecht)
- FRIEDRICHS, Karl Zur Beweislast im Verwaltungsprozess, in: Verw.Rpfl.
1921/850
- FRIESENHAHN, Ernst Staatsrechtslehrer und Verfassung, Rede zum Antritt des
Rektorates der Rheinischen Friedrich-Wilhelms-Universität
in Bonn am 5.11.1950, Krefeld 1950
- GAGE und Die Revision in Strafsachen, 3. Aufl. Essen, 1954
SARSTEDT
- GEHLEN Der Mensch, seine Natur und seine Stellung in der Welt,
3. durchgesehene Aufl. Berlin 1944
- GEIGER, Willi Kommentar zum Gesetz über das Bundesverfassungsgericht,
Berlin 1952
(zitiert: Geiger, BVerfGG Komm.)
- GELLRICH, Lothar Beweislast im Verwaltungsprozess, in JR 1955/175

- GERBER, Hans Grundzüge des allgemeinen Teils des öffentlichen Rechts,
in: Verw. Arch. 1936/9
- GIACCOMETTI,
Zaccaria Allgemeine Lehren des rechtsstaatlichen Verwaltungs-
rechts, 1. Bd. Zürich 1960
(zitiert: Giacometti, Allgemeine Lehren)
- GOLDSCHMIDT,
James Der Prozess als Rechtslage, Abhandlungen aus der Berli-
ner juristischen Fakultät II, Berlin 1925
- HAMANN, Andreas Die Ermessensfreiheit der Gesetzgebung, in: NJW 1955/969
- Das Grundgesetz, ein Kommentar für Wissenschaft und
Praxis, Berlin, Neuwied, Darmstadt, 1956
- Aussetzung und Vollziehung von Steuerbescheiden bei
verfassungsrechtlich zweifelhaften Steuergesetzen, in:
NJW 1959/1465
- HAMEL, Walter Die Bedeutung der Grundrechte im sozialen Rechtsstaat,
Berlin 1957
(zitiert: Hamel, Grundrechte)
- HARTMANN, Nicolai Das Problem des geistigen Seins, Untersuchungen zur
Grundlegung der Geschichtsphilosophie und der Geistes-
wissenschaften, 2. Aufl. Berlin 1949
- Ethik, 3. Auflage, Berlin 1949
- HARTUNG, Hans Die Beweislast im Steuerverfahren, in: NJW 1959/1900
- HATSCHEK, Julius Lehrbuch des deutschen und preussischen Verwaltungs-
rechts, 7./8. Aufl. herausgegeben von Paul Kurtzig,
Leipzig 1931
(zitiert: Hatschek, Lehrbuch)
- HEDEMANN,
Justus Wilhelm Die Vermutung nach dem Recht des deutschen Reiches,
Jena 1904
- HESSE, Konrad Die normative Kraft der Verfassung, Freiburger Antritts-
vorlesung, in: Recht und Staat in Geschichte und Gegen-
wart, Tübingen 1959
- HIPPEL, Ernst v. Die Krise des Staatsgedankens und die Grenzen der Staats-
gewalt, Stuttgart 1950
(zitiert: v. Hippel, Krise)
- HOFFMANN, Heinrich Die Beweislast im Verwaltungsprozess, in: DVBl 1957/603

- HUFNAGEL, Franz Die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der amerikanischen und britischen Zone, Berlin und München 1950
- HUMBOLDT, Wilhelm v. Grenzen des Staates, Frankfurt 1947
- IMBODEN, Max Der nichtige Staatsakt, eine verwaltungsrechtliche Studie, Zürich 1944
- JASPERS, Karl Vom Ursprung und Ziel der Geschichte, Frankfurt und Hamburg 1956
- JELLINEK, Walter Verwaltungsrecht, 2. Aufl., Berlin 1929
- Allgemeine Staatslehre, 3. Aufl., 6. Neudruck, Darmstadt 1959
- JESCH, Dietrich Die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, Erlangen 1956
- Gesetz und Verwaltung, Tübingen 1961
- KÄGI, Werner Demokratie und Rechtsstaat, in: Festgabe zum 60. Geburtstag von Zaccaria Giacometti, S. 107, Zürich 1953
- KANT, Immanuel Grundlegung zur Metaphysik der Sitten, Leipzig 1945 (Philosophische Bibliothek Band 41, herausgegeben von Karl Vorländer) (zitiert: Kant, Grundlegung)
- Metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, Königsberg, 1797
- KARPENSTEIN, Peter Die Wahlprüfung und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen, Diss. Mainz 1962
- KAUFMANN, Erich Autorität und Freiheit, gesammelte Schriften, Band I, Göttingen 1960, herausgegeben zum 80. Geburtstag des Verfassers am 21. 9. 1960 von A.H. van Scherpenberg, W. Strauss, E. Kordt, F.A. Frh. V.D. Heydte, H. Mosler, K.J. Partsch
- KEESE Öffentliche Fürsorge, 5. Aufl. Stuttgart 1957
- KELSEN, Hans Reine Rechtslehre, Leipzig und Wien, 1934
- Der soziologische und der juristische Staatsbegriff, Tübingen 1928
- KERN, Eduard Strafprozessrecht, 5. Aufl. München und Berlin 1959

- KLINGER, Hans Die Verordnung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone, Göttingen 1954
(zitiert: Klinger, VGVO Komm.)
- KNIESCH, Joachim Zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, in: MDR 1954/452
- KOEHLER, Alexander Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Berlin und Frankfurt, 1960
(zitiert: Koehler, VwGO Komm.)
- KORSCH, Karl Die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozess und das qualifizierte Geständnis, Bonn 1911
- KRESS, Hugo Zur Lehre von der Beweislast nach dem BGB, Würzburg 1899
- KRIES, August v. Lehrbuch des deutschen Strafprozessrechts, Freiburg i. Br. 1892
- LAFORET, Wilhelm Deutsches Verwaltungsrecht, München 1937
(zitiert: Laforet, Verwaltungsrecht)
- LANG, Arno Untersuchungs- und Verhandlungsmaxime im Verwaltungsprozess, in: Verw. Arch. 1961/60 und 1961/175
- LENT, Friedrich Zivilprozessrecht, 10. Aufl. München und Berlin 1961
- LEONHARD, Franz Die Beweislast, 2. Aufl. Berlin 1926
(zitiert: Leonhard, Beweislast)
- LOEWENSTEIN, Karl Verfassungslehre, Tübingen 1957
- MANG, Johann Verwaltungsrecht in Bayern, Band I München 1952
(zitiert: Mang, Verwaltungsrecht)
- MARCIC, René Vom Gesetzesstaat zum Richterstaat, Wien 1957
(zitiert: Marcic, Gesetzesstaat)
- MAUNZ, Theodor und DÜRIG, Günter Das Grundgesetz, Kommentar, München und Berlin 1961
(zitiert: Maunz-Dürig, GG Komm.)
- MAUNZ, Theodor Deutsches Staatsrecht, 9. Aufl. München und Berlin 1959
(zitiert: Maunz, Staatsrecht)
- MAYER, Otto Deutsches Verwaltungsrecht, 3. Aufl., München 1924
- MEISS Die gesetzliche Abgrenzung der Kompetenzen der Zivil- und Verwaltungsgerichtsbarkeit, Karlsruhe 1953
(zitiert: Meiss, Abgrenzung)

- MENGER,
Christian Friedrich Höchststrichterliche Rechtsprechung zum Verwaltungsrecht
in Verw. Arch. 1958/281 (Bd. 49)
(zitiert: Menger, Rechtsprechung)
- System des verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes,
Tübingen 1954
(zitiert: Menger, System)
- Der Schutz der Grundrechte in der Verwaltungsgerichts-
barkeit, in: Die Grundrechte, III 2. Halbband, S. 717,
Berlin 1959
- Anmerkung zur Entscheidung des OVG Münster vom
21. 6. 1957 und zum Urteil des BSG vom 24. 10. 1957
in: Verw. Arch. Bd. 49/281
- MEYER, Georg Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, 2. Aufl.
Leipzig 1894 Teil I und II
- MÜLLER, Hanswerner Beweiserhebung im Verwaltungsstreitverfahren, in:
NJW 1959/21
- NAWIASKY, Hans Allgemeine Staatslehre, 3. Teil, Staatsrechtslehre,
Einsiedeln, Zürich, Köln 1956
- NEWERLA, Rudolf Zur Beweislast im Verwaltungsprozess, in: NJW 1957/619
- NIESE, Werner Über den Streitgegenstand der Anfechtungs- und Vornah-
meklagen im Verwaltungsprozess, in: JZ 1952/353
- PETERS, Karl Der Strafprozess, Karlsruhe 1952
- PLOSZ, Alexander Die Natur der gesetzlichen Vermutungen, in: Festschrift
für Adolf Wach, Band II Leipzig 1913
- RADBRUCH, Gustav Einführung in die Rechtswissenschaft, 9. Aufl. Stuttgart
1952
- RAISER, Ludwig Vertragsfreiheit heute, in: JZ 1958/1
- REINHARDT, Rudolf
SCHEUNER, Ulrich Verfassungsschutz des Eigentums, Tübingen 1954
- REISSMÜLLER,
Johann Georg Glosse über die Gültigkeitsvermutung von Verwaltungs-
akten, in: JZ 1959/646
- ROELLECKE, Gerd Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit. Über immanente
Grenzen der richterlichen Gewalt des Bundesverfassungs-
gerichtes, Heidelberg 1961

- ROEMER, Walter Zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum Hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, S. 545 ff, Karlsruhe 1960
(zitiert: Roemer, freie Entfaltung)
- ROSENBERG, Leo Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 8. Aufl. München und Berlin 1960
(zitiert: Rosenberg, Lehrbuch)
- Die Beweislast, 3. Aufl. München und Berlin 1953
(zitiert: Rosenberg, Beweislast)
- RUCKRIEGEL, Werner Beweislast und Beweislastverteilung im Verwaltungsprozess, in: DÖV 1958/531
- SCHELER, Max Der Formalismus in der Ethik und die materiale Wertethik, 4. Aufl. Bern 1954
- SCHEUNER, Ulrich Die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, Karlsruhe 1960, S. 229
- Die staatliche Intervention im Bereiche der Wirtschaft, in: VVDStRL 11/63
- SCHMITT, Carl Verfassungslehre, 3. Aufl., Berlin 1957
- Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924 - 1954, Berlin 1958
- SCHMIDT, Eberhard Lehrkommentar zur StPO und zum GVG, Teil I Göttingen 1952
- SCHMIDT, Richard Lehrbuch des deutschen Zivilprozessrechts, 2. Aufl. Leipzig 1910
- SCHNEIDER, Hans Bibliographie zum öffentlichen Recht in der Bundesrepublik Deutschland, München und Berlin 1960
- SCHNEIDER, Peter Ausnahmezustand und Norm, eine Studie zur Rechtslehre von Carl Schmitt, Stuttgart 1957
(zitiert: Schneider, Ausnahmezustand)
- In dubio pro libertate, in: Hundert Jahre deutsches Rechtsleben, Festschrift zum hundertjährigen Bestehen des deutschen Juristentages, S. 263, Karlsruhe 1960

- SCHNEIDER, Peter Prinzipien der Verfassungsauslegung, Bericht über die Staatsrechtslehrertagung in Freiburg i. Br. vom 4. bis 7. Oktober 1961, in: DÖV 1961/853
- Zur Problematik der Gewaltenteilung im Rechtsstaat der Gegenwart, in: AÖR n. F. 43/1 ff
- SCHÖNKE, Adolf und Kommentar zum Strafgesetzbuch, 10. Aufl., München
SCHRÖDER, Horst und Berlin 1961
- SCHULTZENSTEIN, Zur Rechtmässigkeit polizeilicher Verfügungen und zur
Max Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, in:
JZ 1917/257, 327, 433
- Die Untersuchungs- und die Verhandlungsmaxime in Ver-
gleichung nach den einzelnen Prozessarten, in:
ZZP 43/301
- SCHUNCK, Egon und Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht, Siegburg,
DE CLERCK, Hans 1953
- Verwaltungsgerichtsordnung, Kommentar, Siegburg 1961
(zitiert: Schunck-De Clerck, VwGO Komm.)
- Das Landesgesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit für
Rheinland-Pfanz, Siegburg und St. Goar, 1952
- STAAB, Lothar Beweislast und Verwaltungsprozess, in: bay. Verw. Bl.
1959/83
- STEIN-JONAS- Kommentar zur Zivilprozessordnung, begründet von Lud-
SCHÖNKE wig Gaupp, fortgeführt von Friedrich Stein und Martin
Jonas, 18. Aufl., bearbeitet von Adolf Schöнке und fort-
geführt von Rudolf Pohle, I. Bd. Tübingen 1953, II. Bd.
Tübingen 1956
Zitiert: Stein-Jonas-Schöнке, ZPO Komm.
- STRAFGESETZBUCH Leipziger Kommentar zum StGB, 8. Aufl. II. Bd.,
Berlin 1958
- STRATENWERTH, Verantwortung und Gehorsam, zur strafrechtlichen Wer-
Günter tung hoheitlich gebotenen Handelns, Tübingen 1958,
Sonderdruck
- SÜSTERHENN, Adolf Das Subsidiaritätsprinzip als Grundlage der vertikalen Ge-
waltenteilung, in: Vom Bonner Grundgesetz zur gesamt-
deutschen Verfassung, Festschrift zum 75. Geburtstag von
Hans Nawiasky, S. 141, München 1956
(zitiert: Süsterhenn, Subsidiaritätsprinzip)

- THUR, Andreas v. Der allgemeine Teil des BGB, Band II 1. Teil, München und Leipzig 1918
- TIETGEN, Walter Anm. zum Urteil des BVerwG v. 18.4.1956 in: DVBl 1956/683
- Schlusswort, in: DVBl 1957/86
- Anm. zum Urteil des BVerwG v. 3.10.1958 in: DVBl 1959/591
- Anm. zum Urteil des BVerwG v. 24.7.1959 in: DVBl 1959/707
- TUREGG, Kurt Egon v. Lehrbuch des Verwaltungsrechts, 3. Aufl., Berlin 1956 (zitiert: Turegg, Lehrbuch)
- ULE, Carl Hermann Zum Verhältnis von Zivilprozess und Verwaltungsprozess, in: DVBl 1954/137
- Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl 1957/597
- Verfassungsrecht und Verwaltungsprozessrecht, in: DVBl 1959/537
- Verwaltungsprozessrecht, München und Berlin 1960
- Verwaltungsgerichtsbarkeit, in der Reihe: Verwaltungsgesetze des Bundes und der Länder, begründet von M. von Brauchitsch, neu herausgegeben von C. H. Ule, Band I zweiter Halbband, Köln und Berlin 1960 (zitiert: Ule, VwGO Komm.)
- UTZ, A.F. Das Subsidiaritätsprinzip, unter Mitwirkung von H. E. Hengstenberg, G. Küchenhoff, J. J. M. Van der Ven, Heidelberg 1953 (zitiert: Utz, Subsidiaritätsprinzip)
- VERFASSUNGSKONVENT Bericht über den Verfassungskonvent auf Herrenchiemsee vom 10. bis 23. Aug. 1948, München 1948
- WEBER, Werner Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1958
- WEISMANN, Jakob Lehrbuch des deutschen Zivilprozesses, I. und II. Band, Stuttgart 1903

- WELTY, Eberhard Gemeinschaft und Einzelmensch, Salzburg und Leipzig 1935
- WIECZOREK, Bernhard Zivilprozessordnung und Nebengesetze, Band I und II
Berlin 1957
(zitiert: Wieczorek, ZPO Komm.)
- WINTRICH, Josef Zur Problematik der Grundrechte, Köln und Opladen 1957
(zitiert: Wintrich, Grundrechte)
- Die Rechtsprechung des bayerischen Verfassungsgerichtshofes, in: Recht, Staat, Wirtschaft, Band IV 1953, S. 156
- Zur Auslegung und Anwendung des Art. 2 I GG, in: Staat und Bürger, Festschrift für Willibald Apelt zum 80. Geburtstag, München und Berlin 1958
(zitiert: Wintrich, Auslegung)
- WOLF, E. Die Freiheit und Würde des Menschen, in Recht, Staat, Wirtschaft, Band IV 1953 S. 27
- WOLFF, Hans Julius Verwaltungsrecht, I, 4. Aufl. München und Berlin 1961
- Der Unterschied zwischen öffentlichem und privaten Recht, in: AÖR 76/205
- Rechtsgrundsätze und verfassungsgestaltende Grundentscheidungen als Rechtsquellen, Gedächtnisschrift für Walter Jellinek, München 1955, S. 33

ABKÜRZUNGSVERZEICHNIS

a. A.	Andere Ansicht
a. a. O.	Am angegebenen Ort
Abs.	Absatz
Amtl.	Amtlich
Anm.	Anmerkung
AÖR	Archiv für öffentliches Recht (Band/Seite)
Arch. Ziv. Pr.	Archiv für die zivilistische Praxis (Band/Seite)
A. S.	Amtliche Sammlung
Bad. Württ.	Baden-Württemberg
Bay. VGH	Bayerischer Verwaltungsgeschichtshof
Bay. VerwBl.	Bayerische Verwaltungsblätter, n. F. seit 1955 (Jahrgang/Seite)
BB	Betriebsberater
Bd.	Band
BFH	Bundesfinanzhof
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch
BGHStr.	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen, (Band/Seite)
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen, (Band/Seite)
BSG	Bundessozialgericht
BStBl	Bundessteuerblatt
BVerfG	Bundesverfassungsgericht
BVerfGG	Gesetz über das Bundesverfassungsgericht
BVerwG	Bundesverwaltungsgericht
BVerwGE	Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes, (Band/Seite)
BVerwGG	Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht
Diss.	Dissertation
DÖV	Die Öffentliche Verwaltung (Jahrgang/Seite)
DVB1	Deutsches Verwaltungsblatt, (Jahrgang/Seite)
DRZ	Deutsche Rechtszeitschrift, (Jahrgang/Seite)
DR	Deutsches Recht (Jahrgang/Seite)
Entsch.	Entscheidung
E. S.	Entscheidungssammlung
Fisch. ZS	Fischers Zeitschrift für Verwaltungsrecht, (Band/Seite)
GG	Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland vom 23. Mai 1949 (BGB1 S. 1)
Ges.	Gesetz
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

JR	Juristische Rundschau (Jahrgang/Seite)
JZ	Juristenzeitung (Jahrgang/Seite)
Kap.	Kapitel
Komm.	Kommentar
LVG	Landesverwaltungsgericht
MDR	Monatschrift für deutsches Recht, (Jahrgang/Seite)
MRVO	Militärregierungsverordnung
NJW	Neue Juristische Wochenschrift (Jahrgang/Seite)
OVG	Oberverwaltungsgericht
pr.	Preussisch
pr. OVG	Preussisches Oberverwaltungsgericht
RG	Reichsgericht
RGBl	Reichsgesetzblatt
RGr	Reichsgrundsätze über Voraussetzung, Art und Mass der öffentlichen Fürsorge v. 4.12.1924 (RGBl I S. 765)
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen, (Band/Seite)
Rh. -Pf.	Rheinland-Pfalz
Rspr.	Rechtsprechung
S.	Seite
Seuff. Arch.	Seufferts Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten, (Band/Seite)
SJZ	Süddeutsche Juristenzeitung (Jahrgang/Seite)
StGB	Strafgesetzbuch
StPO	Strafprozessordnung
Urt.	Urteil
VA	Verwaltungsakt
Verf.	Verfassung
Verf. GH	Verfassungsgerichtshof
Verw.	Verwaltung
Verw. Arch.	Verwaltungsarchiv (Band/Seite)
Verw. Rpfl.	Verwaltungsrechtspflege
Verw. Rspr.	Verwaltungsrechtsprechung
VG	Verwaltungsgericht
VGG	Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in Bayern, Württemberg-Baden und Hessen
VGH	Verwaltungsgerichtshof
vgl.	vergleiche
VO	Verordnung
VO 165	Verordnung der britischen Militärregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britischen Zone

VVDStRL	Veröffentlichungen der Vereinigung der deutschen Staatsrechtslehrer (Band/Seite)
VwGO	Verwaltungsgerichtsordnung vom 21. 1. 1960 (BGBl I S. 17)
Warn. Rspr.	Sammlung zivilrechtlicher Entscheidungen des Reichsgerichtes, herausgegeben von Buchwald (Jahrgang/Seite)
WBewG	Wohnraumbewirtschaftungsgesetz v. 31. 3. 1953 (BGBl I S. 97)
WGöDG	Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes v. 11. Mai 1951 (BGBl I S. 291) in der Fassung der Anlage zu dem Gesetz vom 23. 12. 1955 (BGBl I S. 820)
ZBlfRW	Zentralblatt für Rechtswissenschaft (Jahrgang/Seite)
ZMR	Zeitschrift für Miet- und Raumrecht (Jahrgang/Seite)
ZPO	Zivilprozessordnung
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

E I N L E I T U N G

Die Neuordnung des Verwaltungsstreitverfahrens in der bundeseinheitlichen Verwaltungsgerichtsordnung, die allein der vorliegenden Arbeit zu Grunde liegt 1), hat viele Probleme gelöst, aber ebenso viele neu aufgeworfen oder bestehen lassen. Auch das Problem der Beweislast und insbesondere ihrer Verteilung berührt das Gesetz nicht; ein nahezu "unberührtes Neuland" ist hier zu erschliessen 2). Die immer komplizierteren und differenzierteren Tatsachenfeststellungen in Verbindung mit dem Bewusstsein, dass dem menschlichen Erkenntnisvermögen enge Grenzen gezogen, und die Erkenntnismittel selbst unzulänglich sind 3), lässt gerade im Verwaltungsprozess die Frage unwillkürlich entstehen, wie denn dann zu entscheiden sei, wenn auch eine erschöpfende und unter Aufbietung grösster Sorgfalt durchgeführte Sachaufklärung die Ungewissheit entscheidungserheblicher Tatsachen nicht ausräumen kann. Dies ist die Frage danach, wer in einem solchen Falle das Prozessrisiko zu tragen hat, und damit das eigentliche Problem der Beweislast.

So erschien es angebracht, die Beweislast im Verwaltungsprozess, insbesondere aber ihre Verteilung näher zu untersuchen. Ziel der Arbeit ist es, ein allgemeines, praktisch verwertbares Verteilungsprinzip der Beweislast zu erarbeiten.

Da es bisher im Verwaltungsprozessrecht an umfassenden Darstellungen der Beweislastprobleme fehlt, kann in der Arbeit nur an Hand von Rechtsprechung und Schrifttum auf das gesteckte Ziel hingearbeitet werden. Dabei wird so vorgegangen, dass zunächst der Begriff und das Wesen der Beweislast aus dem Bereich des Zivilprozesses und Strafprozesses, die ja der Verwaltungsgerichtsordnung in Vielem als Vorbild dienten, abgeleitet werden, und sodann ein allgemeines Erklärungsprinzip für die Beweislast gesucht wird, aus dem sich die Verteilungsprinzipien ergeben. Hierbei kommt dem Eigenwert der jeweiligen Rechtsträger besondere Bedeutung zu.

Zur Klarstellung sei noch darauf verwiesen, dass das Normenkontrollverfahren, das in § 47 VwGO in das Verwaltungsstreitverfahren Aufnahme gefunden hat, im Rahmen dieser Untersuchung ausgeklammert wurde. Zwar wird nicht verkannt, dass auch im Bereich der Normenkontrolle Tatsachenfeststellungen zu treffen sind und insoweit Beweisfragen - und damit Beweislastprobleme - auftauchen können 4).

1) Bundesverwaltungsgerichtsordnung vom 21.1.1960, in Kraft getreten am 1.4.1960. Nicht behandelt wird also das sogenannte Verwaltungsverfahren, also etwa Verfahren vor der Kartellbehörde und ähnliches.

2) Vgl. Hoffmann, DVBl 1957/603

3) Vgl. Hoffmann, a. a. O. S. 605

4) Vgl. etwa die umfangreichen Tatsachenuntersuchungen und Sachverständigenberichte, die dem Apothekenurteil des Bundesverfassungsgerichtes (E Bd. 7/377 ff) zu Grunde liegen. Ähnlich auch BVerfG E Bd. 11/30 ff.

Die Normenkontrolle ist jedoch eine besondere, den üblichen Rahmen der Verwaltungsgerichte überschreitende Tätigkeit; sie ist ein Streitverfahren eigener Art 1). Die Aufgabe, Rechtsvorschriften mit dem Ziele zu überprüfen, um sie gegebenenfalls in allgemeinverbindlicher Weise für ungültig zu erklären, ist nicht so sehr eine Aufgabe der Verwaltungsgerichtsbarkeit: abstrakte und konkrete Normenkontrolle und damit auch das Verfahren gemäss § 47 VwGO gehören ihrem Wesen nach zur Verfassungsgerichtsbarkeit 2).

Die Ungültigkeitserklärung einer Rechtsnorm durch das Verwaltungsgericht ist gem. § 47 VwGO allgemein verbindlich. Diese rechtliche Wirkung qualifiziert den Beschluss des Verwaltungsgerichtes, der die Gültigkeit einer Vorschrift verneint, als eine Art negative Rechtssetzung, so dass dieser Vorgang nicht mit der den Verwaltungsgerichten in erster Linie zugewiesenen Tätigkeit gleichgesetzt werden kann. Während bei der Normenkontrolle das Verhältnis Richter - Gesetzgeber im Mittelpunkt steht und Fragen der richterlichen Prüfungspflicht und des richterlichen Prüfungsrechts entscheidend zu berücksichtigen sind, geht es im Bereich der Überprüfung von Akten der Verwaltung um das Verhältnis Staat - Bürger. Diese Verschiedenheit des Grundverhältnisses beider Verfahren und die Tatsache, dass die Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Normenkontrollverfahren echte Rechtssetzung ist und damit von der Entscheidung des Verwaltungsgerichts im Verwaltungsstreitverfahren dem Wesen nach verschieden ist, machte die Ausklammerung des Normenkontrollverfahrens aus der vorliegenden Untersuchung erforderlich. Es muss einer Darstellung der Beweislast im Verfassungsprozess vorbehalten bleiben, das Verfahren gemäss § 47 VwGO zu untersuchen.

Die am Schluss der Arbeit aufgestellten Thesen zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozess wollen zwar im Rahmen der *lex lata* verstanden sein und könnten als Richtlinien für die gesetzesanwendenden Instanzen begriffen werden. Zugleich wären sie aber auch bei einer kodifikatorischen Aufarbeitung des Beweisrechts zu berücksichtigen.

1) Kratzer, DÖV 54/44 f.

2) Kratzer, a. a. O.; ähnlich auch Eyermann-Fröhler, VwGO Komm., Anm. I, Randnummer 2 zu § 47; vgl. auch die Begründung zu § 46 des Regierungsentwurfes einer VwGO des Bundes (Bundestagsdrucksache 1. Wahlperiode 1949 Nr. 4278, Seite 36).

1. TEIL: GRUNDFRAGEN DER BEWEISLAST

1. Kapitel: Begriff und Bedeutung der Beweislast

I. DAS PROBLEM DER BEWEISLAST IM ALLGEMEINEN

1. In einem Prozess besteht die Aufgabe des Gerichts darin, das objektive Recht auf den zu entscheidenden Einzelfall anzuwenden. Die Norm, die einen Tatbestand abstrakt formuliert enthält, soll nur dann angewandt werden, wenn jener abstrakte Tatbestand tatsächlich verwirklicht ist, wenn er konkrete Wirklichkeit geworden ist 1).
 2. Es wird jedoch stets vorkommen können, dass aus irgendwie gearteten Gründen - etwa der Unzulänglichkeit unserer Erkenntnismittel - Umstände, die für die Anwendbarkeit einer Norm und damit für die richterliche Entscheidung Voraussetzung sind, weder als bestehend, noch als nichtbestehend erkannt werden 2). Diese mangelhafte Sachaufklärung von entscheidungserheblichen Tatsachen darf aber nicht auch zu einem "non liquet in der Rechtsfrage" führen 3). Der Rechtsstreit muss entschieden werden, d. h. die Entscheidung des Gerichtes kann nicht dahin ergehen, dass eine Sachentscheidung wegen mangelnder Aufklärung von Tatsachen nicht gefällt werden könne 4).
 3. Wie aber in einem solchen Falle entschieden werden soll, bestimmen die Regeln über die Beweislast. Rosenberg 5) sagt zutreffend: "Die Ungewissheit einer Behauptung macht (daher) ein Urteil nicht unmöglich, sondern der Richter fällt dann seine Entscheidung gegen diejenige Partei, welche die Beweislast trägt". Die Frage der Beweislast stellt sich dem Richter nur dann, wenn er in irgendeiner Tatfrage, von der die Entscheidung abhängt, überzeugungslos geblieben ist, also niemals dann, wenn er irgendeine Überzeugung gewonnen hat, ganz gleich, welche Überzeugung es sei 6). Die Regeln über die
-
- 1) Rosenberg, Beweislast, S. 11; Plocz, zwei Vorträge aus dem ungarischen Zivilprozess, Berlin 1917, S. 34; Rosenberg, Lehrbuch, S. 554 ff.
 - 2) In DVBl 1957/87 nennt Tietgen die Beweislast sehr zutreffend ein "Eingeständnis der Unvollkommenheit menschlichen Erfahrungsvermögens"; ähnlich Klinger, VGVO Komm., S. 436, Anm. E zu § 73; BGHZ 7/116 ff; Baumbach-Lauterbach, ZPO Komm., Anm. 2 B und C zu § 86.
 - 3) Rosenberg, Beweislast, S. 2
 - 4) Vgl. Koehler, VwGO Komm., § 86 V, S. 649.
 - 5) Rosenberg, Beweislast, S. 16.
 - 6) Brauer, Zivilrechtsfall, S. 126 ff; überzeugend auch BVerwG in MDR 1960/949. Deshalb braucht auf Fragen der Beweiswürdigung nicht eingegangen zu werden. Denn die Beweislast wird erst dann von Bedeutung, wenn feststeht, dass das

Beweislast ermöglichen es dem Richter, trotz seiner Überzeugungslosigkeit hinsichtlich der Wahrheit erheblicher Tatsachenbehauptungen, eine Entscheidung zu fällen, dem non liquet aus dem Wege zu gehen.

Damit wird die grosse Bedeutung der Beweislastregeln klar für einen Prozess, in dem erhebliche Tatsachen nicht zur Überzeugung des Gerichtes erwiesen werden. Zugleich aber wird auch deutlich, dass die Beweislast überall da nichts zu suchen hat, wo das Gericht zu einer Überzeugung in der Tatfrage gekommen ist, das Gericht also am Bestehen oder Nichtbestehen einer entscheidungserheblichen Tatsache nicht zweifelt oder nicht zweifeln kann 1).

4. So ist die Lehre von der Beweislast zu verstehen als ein Teil der Lehre von der Rechtsanwendung 2). Besonders im Bereich der objektiven Beweislast stellt sich diese Verbindung sehr deutlich her, denn die Nichtanwendbarkeit eines Rechtsatzes - weil tatsächliche Voraussetzungen fehlen - gereicht einer Prozesspartei zum Nachteil. Welche Partei diesen Nachteil, das Prozessrisiko, zu tragen hat, bestimmen die Beweislastregeln.

II. DIE SUBJEKTIVE UND DIE OBJEKTIVE BEWEISLAST (BEWEISFÜHRUNGSLAST UND FESTSTELLUNGSLAST)

1. Der Begriff der Beweislast ist im Gesetz nicht definiert. Das Wesen der Beweislastregeln als Anweisungen an den Richter, wie im Falle eines non liquet in der Tatfrage entschieden werden soll, erfordert jedoch zwangsläufig eine Differenzierung des Begriffes 3). Insbesondere ergibt sich auch aus den verschiedenen Prozessgestaltungen in Form der Verhandlungsmaxime und der Untersuchungsmaxime die Notwendigkeit, den Begriff der Beweislast näher zu untergliedern. Für eine genauere Erörterung dieser Probleme ist im Rahmen der vorliegenden Darstellung kein Raum. Es darf insoweit auf die grundlegenden Ausführungen vor allem von Rosenberg verwiesen werden 4). Hier soll nur die grund-

Fortsetzung der Fussnote 6 von Seite 3:

Gericht, auch mit Hilfe der Beweiswürdigung, eine Überzeugung nicht erlangen konnte.

- 1) Rosenberg, Beweislast, S. 11: "Nur Zweifel auf dem Gebiet der Tatfrage zu lösen sind die Beweislastnormen berufen"; ähnlich Friedrichs, Verw. Rpfl. 1921/850.
- 2) Rosenberg, a. a. O.; Plocz, a. a. O. S. 34; Deppe, Beweislast, S. 20 ff; Rosenberg, Lehrbuch, S. 554 ff.
- 3) Rosenberg, Beweislast, S. 16 f.
- 4) Vgl. Rosenberg, Beweislast, S. 16; die Unterscheidung der Beweislast nach subjektiver und objektiver Beweislast ist für den Zivilprozess nicht unbestritten, Baumbach-Lauterbach fassen die Beweislast nur als die "im Rahmen des Beibrin-

sätzliche und für den Verwaltungsprozess wichtige Wesensunterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Beweislast aufgezeigt werden.

2. Soweit von Beweislast gesprochen wird, ohne dass dabei die Parteitätigkeit zur Tatsachenfeststellung berücksichtigt wird, für die es also lediglich auf das Bestehen oder Nichtbestehen streitiger Tatsachen ankommt, wird sie mit Rosenberg als Feststellungslast oder objektive Beweislast bezeichnet.¹⁾ "Nicht die Mühe der Beweisführung, sondern die Gefahr der Beweislosigkeit ist für sie massgebend" ²⁾. Es wird lediglich nach dem objektiven Befunde gefragt, ob gewisse Voraussetzungen festgestellt sind, oder nicht. Dabei ist es unerheblich, wer im Einzelnen dem Gericht die Überzeugung vermittelt, oder Zweifel bestehen lässt. Für die Feststellungslast kommt es also auf das objektive Bestehen einer Ungewissheit oder Gewissheit über erhebliche Tatsachen an.
3. Von Beweisführungslast oder subjektiver Beweislast spricht man dann, wenn den Parteien bei Meidung des Prozessverlustes auferlegt ist, durch eigene Tätigkeit den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen ³⁾. Hier kommt es also darauf an, welche Tatsachen von den Parteien vorgetragen werden und ob eine Partei sämtliche, zur Anwendung der für sie günstigen Normen erforderlichen Tatsachen dem Gericht vorgetragen hat. Ist dies nicht der Fall, so muss die Entscheidung des Gerichts gegen die beweisbelastete Partei ergehen.
4. In engem Zusammenhang mit der subjektiven Beweislast, der Beweisführungslast, steht die sogenannte Behauptungslast, auch Erklärungslast genannt ⁴⁾. Auch sie ist nur in Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz denkbar. Es ist die

Fortsetzung der Fussnote 4 von Seite 4:

grundsatzes denkbare Aufgabe der Parteien, die Tatsachen notfalls zu beweisen, die sie bei der Entscheidung berücksichtigt wissen wollen" auf. (ZPO Komm., Anh. 1 zu § 282). Auch Stein-Jonas-Schönke wollen die Beweislast nur im Bereich des Verhandlungsgrundsatzes angewandt wissen (ZPO Komm., Anm. IV 1 zu § 282). Jedoch wird die Notwendigkeit und Möglichkeit einer Differenzierung des Beweislastbegriffes nicht bestritten werden können. Insbesondere hat sich die Unterscheidung zwischen subjektiver und objektiver Beweislast in fast allen vom Untersuchungsgrundsatz beherrschten Verfahren durchgesetzt. Vgl. übereinstimmend Deppe, Beweislast, S. 13, insbes. Anm. 2.

- 1) Rosenberg, Beweislast, S. 18; derselbe, Lehrbuch, S. 554.
- 2) Kern, Strafverfahrensrecht, S. 57 sagt: "Unter materieller Beweislast versteht man, dass einer Partei die Ungewissheit einer Tatsache zum Nachteil gereicht"; vgl. ferner RG in Seuff. Arch. 44/144 und Leonhard, Beweislast, S. 127.
- 3) Rosenberg, Beweislast, S. 16.
- 4) Rosenberg, a. a. O. S. 43 ff; Wieczorek, ZPO Komm., II. Band, 1. Teil Anm. A II b zu § 282.

Frage danach, ob das Vorbringen der Parteien schlüssig zum Antrag ist, also die Frage, ob alle, die Erkennung nach dem Antrag rechtsfertigenden Behauptungen aufgestellt sind 1). Für jede Partei müssen diejenigen konkreten Behauptungen aufgestellt sein, die die abstrakten Voraussetzungen der ihr günstigen Normen ergeben. Ob der Kläger oder der Beklagte genug bewiesen haben, das ist die Frage der Beweislast. Ob der Kläger oder der Beklagte genug vorgetragen haben, das ist die Frage der Behauptungslast.

Beweislastfragen ergeben sich erst, wenn Beweise erhoben sind oder eine Partei einen Beweis nicht angetreten hat, jedenfalls immer erst in der "Beweisstation" 3). Die Frage der Behauptungslast wird stets bereits im Rahmen der Schlüssigkeitsprüfung bedeutsam.

So ergeben sich einige wesentliche Verschiedenheiten zwischen Beweislast und Behauptungslast, obwohl sich beide grundsätzlich dem Umfang nach decken 4). Wenn eine Behauptung nicht aufgestellt wird, so trägt den Nachteil davon diejenige Partei, deren Prozessbegehren ohne diese Behauptung keinen Erfolg haben kann. Es darf dann in eine Beweisaufnahme gar nicht eingetreten werden, da das Begehren der Partei schon nach dem eigenen Vorbringen als nicht schlüssig abzuweisen ist 5). Daher wird, wenn der Klagegrund nicht vollständig behauptet ist, trotz der Säumnis des Beklagten die Klage abgewiesen (§ 331 II ZPO). Der Beklagte wird verurteilt, - ohne Beweisaufnahme - wenn er den Tatbestand seiner Einrede nicht vollständig behauptet hat 6). In solchen Fällen tritt die Bedeutung der Behauptungslast hervor.

Hier ist allerdings die Verbindung zur richterlichen Aufklärungs- und Fragepflicht 7) zu ziehen und es erweist sich gerade in diesem Zusammenhang die im Vergleich zur Beweislast geringere Bedeutung der Behauptungslast. Das Gericht wird einmal pflichtgemäss und zum anderen im Sinne einer vernünftigen Prozessführung die Parteien immer darauf hinweisen, dass noch nicht alle Tatsachen vorgetragen seien, die das Prozessbegehren rechtfertigen. Erst nach Erschöpfung aller ihm zu Gebote stehenden Aufklärungsmittel ist das Gericht berechtigt, eine Entscheidung zu Lasten der substantiierungspflichtigen Partei auszusprechen. Da die Parteien den Anregungen des Gerichts in aller Regel nachkommen wollen und dazu auch meist im Stande sind, sind insofern Ent-

1) Rosenberg, Lehrbuch, S. 556, § 114 II 1.

2) Brauer, Zivilrechtsfall, S. 75 ff.

3) Brauer, a. a. O. S. 69, 107 ff.

4) Rosenberg, Lehrbuch, S. 556.

5) Brauer, a. a. O. S. 15 ff.

6) Rosenberg, Lehrbuch, S. 556.

7) Vgl. unten S. 9.

scheidungen nach der Behauptungslast nicht allzu häufig 1). Zwar werden auch im Bereich der Beweislast die Anregungen des Gerichts in aller Regel befolgt, doch tritt hier weit häufiger der Fall ein, dass eine Partei einen Beweis nicht antreten oder nicht führen kann, während eine, das Klagebegehren rechtfertigende Tatsache wohl immer behauptet werden kann. Der Fall des *non liquet* tritt daher in der Beweisstation wesentlich häufiger auf, als bei der Schlüssigkeitsprüfung.

Beweislast und Behauptungslast werden also in zwei verschiedenen "Prozessstationen" bedeutsam: Die Behauptungslast bei der Schlüssigkeitsprüfung des Parteivorbringens, die Beweislast in der Beweisstation, also nachdem Beweise angetreten sind und damit immer erst dann, wenn das beiderseitige Parteivorbringen schlüssig vorgetragen ist. Erst dann darf überhaupt Beweis erhoben werden. Insoweit ist die Behauptungslast streng von der Beweislast zu unterscheiden und muss daher hier aus der näheren Betrachtung ausgeklammert werden.

III. DIE BEWEISLAST IN VERFAHREN MIT UNTERSUCHUNGSGRUNDSATZ UND IN VERFAHREN MIT VERHANDLUNGSGRUNDSATZ

1. Gerade die Verschiedenheit der Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsgrundsatz rechtfertigt und fordert die Begriffe der subjektiven und objektiven Beweislast 2). Während in einem Verfahren mit Verhandlungsmaxime, also z. B. im Zivilprozess, den Parteien die Bürde der Beweistätigkeit auferlegt ist, geht ein Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz nur von der objektiven Tatsachenfeststellung aus. Das Parteiverhalten ist in einem solchen Verfahren ohne Einfluss; allein das Gericht entscheidet über die Beweisbedürftigkeit 3).

1) Stein-Jonas-Schönke, ZPO Komm., Anm. I 1 zu § 139.

2) Vgl. auch Lang, VerwArch. 61/60 ff und 61/175 ff; ebenso Menger, System, S. 81 f.

3) Wenn auch im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz den Parteien die Wahrheitspflicht und eine gewisse Aufklärungspflicht obliegt, so führt eine Verletzung oder Vernachlässigung dieser Pflichten - im Gegensatz zum Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz - doch nie dazu, dass das Urteil deswegen gegen die sich mangelhaft äussernde Partei ergehen könnte. Und dies ist in diesem Zusammenhang der wesentliche Unterschied. Vgl. auch Kniesch, MDR 1954/452. Wenn auch neuerdings von Tietgen (DVBl 1956/683) und Lang (Verw. Arch. 61/60 ff und 175 ff) darauf hingewiesen wurde, dass keine so wesentlichen Unterschiede zwischen dem von der Verhandlungsmaxime beherrschten Zivilprozess und dem nach dem Untersuchungsgrundsatz aufgebauten Verwaltungsprozess bestünden, so ist doch der hier allein interessierende Gegensatz in der Frage der Beweislast von allen anerkannt.

Daraus wird klar, dass es im Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz lediglich eine Beweislast im Sinne der Feststellungslast geben kann, nicht auch eine subjektive Beweislast, eine Beweisführungslast 1). Gleichzeitig muss jedoch gesagt werden, dass in jedem Verfahren, in dem ein streitiger Sachverhalt festgestellt werden muss, in dem also das Feststehen bestimmter Tatsachen von Bedeutung ist, eine objektive Beweislast, eine Feststellungslast existieren muss. Denn unter Beweislast kann nicht allein der Druck auf die prozessuale Tätigkeit der Parteien verstanden werden, sondern vor allem die Anweisung an den Richter über den Inhalt seines Urteils im Falle der Unerwiesenheit einer zur Entscheidung notwendigen Tatsachenbehauptung. Welche Partei hat das Prozessrisiko zu tragen? Diese Frage muss in jedem Verfahren, das der Anwendung abstrakter Rechtsnormen auf den Einzelfall dient, beantwortet werden können, und nicht nur im Herrschaftsbereich der Verhandlungsmaxime 2).

- 2). Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz erfordern also ebenfalls den Begriff der Beweislast. Wenn jedoch in diesen Verfahren von Beweislast gesprochen wird, kann damit nur die Feststellungslast gemeint sein 3). Eine Beweisführungslast ist nur in einem Verfahren mit Verhandlungsmaxime denkbar, da es nur hier auf die Tätigkeit der Parteien ankommt 4). Nur im Verfahren mit Verhandlungsmaxime ist mit der subjektiven Beweislast zu fragen, wer beweisen muss. Die objektive Beweislast fragt danach, was bewiesen werden muss. Und das ist gerade die Frage, die mit dem Untersuchungsgrundsatz gegeben ist 5).
-
- 1) Für den Verwaltungsprozess: BVerwG E 3/245; vgl. auch den zutreffenden Aufsatz zu Bettermann in DVBl 1957/84; ebenso Ule, DVBl 1954/146; Ruckriegel, DÖV 1958/531; Deppe, Beweislast, S. 8 ff; Vgl. auch S. 73 ff.
 - 2) Zutreffend Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 146; ebenso BVerwG in ZZP 70/317; BSG in NJW 1958/39. Anders E. Schmidt, Lehrkomm. zur StPO und zum GVG Teil I S. 153 ff. Die Ansicht Schmidts muss jedoch heute in dieser Hinsicht als überholt gelten, da insbes. im Hinblick auf die von Rosenberg gewonnenen Erkenntnisse von der Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Beweislast auszugehen ist.
 - 3) Rosenberg, Beweislast, S. 24, stellt zu Recht fest, dass die Bedeutung der Feststellungslast gerade in den mit der Untersuchungsmaxime ausgestatteten Verfahrensorten am auffälligsten in Erscheinung tritt, weil infolge der Ermittlungspflicht des Gerichts bzw. der Behörde, den übrigen Beteiligten die Bürde einer Beweistätigkeit nicht auferlegt ist, "Normen für den Fall der Ungewissheit einer erheblichen Tatsache aber nicht entbehrt werden können".
 - 4) BVerwG E 3/110 ff, insbes. S. 115.
 - 5) Rosenberg, Beweislast, S. 29 ff, S. 55; Ule, a. a. O.; Rosenberg, Lehrbuch, S. 554; BVerwG in ZZP 70/317; ebenso BSG in NJW 1958/39.

3. Was soeben für das Verhältnis von subjektiver Beweislast und Untersuchungsgrundsatz ausgeführt wurde, gilt im selben Masse auch für die Behauptungslast. Eine Behauptungslast kann es, wie zum Beispiel E. Schmidt zutreffend ausführt 1), nur in der Sphäre des Verhandlungsgrundsatzes geben, da sie ohne das selbständige Parteivorbringen nicht zu verstehen ist. Probleme der Behauptungslast können also in Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz nicht auftreten.

Freilich darf nicht verkannt werden, dass der Verhandlungsgrundsatz im Zivilprozess und auch in anderen Verfahren nicht ganz rein durchgeführt ist. So ist die auf die Parteien einwirkende Tätigkeit des Richters im Rahmen des § 139 ZPO, auf die bereits oben Seite 6 ff verwiesen wurde, eine Einschränkung des Verhandlungsgrundsatzes 2).

"Der Richter hat dahin zu wirken, dass die Parteien über alle erheblichen Tatsachen sich vollständig erklären und die sachdienlichen Anträge stellen, insbesondere auch ungenügende Angaben der geltend gemachten Tatsachen ergänzen und die Beweismittel bezeichnen" (§ 139 I S. 1 ZPO).

Gezwungen werden können die Parteien freilich nicht, in irgend einer Weise tätig zu werden 3).

Wie bereits ausgeführt 4), kann die Aufklärungstätigkeit des Gerichts für Beweislast und Behauptungslast von Bedeutung werden, da in aller Regel die Parteien den Anregungen des Gerichts Folge leisten werden und sich so eine Veränderung der Beweislage und Schlüssigkeit des Parteivorbringens ergeben kann, je nachdem ein non liquet überhaupt vermieden werden kann.

IV. DIE STELLUNG DER BEWEISLASTNORMEN IM RECHTSSYSTEM

Der Streit über die Frage, welchem Rechtsgebiet die Normen über die Beweislast zuzurechnen sind, ist noch nicht beendet. Es muss hier darauf eingegangen werden, weil die Beantwortung der Frage in der einen oder anderen Richtung

- 1) E. Schmidt, Lehrkomm., Teil I S. 153 ff; ferner Rosenberg, Beweislast, S. 43; derselbe, Lehrbuch, S. 556 und S. 294; Schultzenstein, ZZP 43/308; derselbe, JZ 1917/435. Ähnlich auch Feeder, Fisch. ZS 66/319; Deppe, Beweislast, S. 7; Vgl. auch oben S. 4.
- 2) Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO komm. § 272 b Anm. 1 und 3 A.
- 3) Vgl. die in der Gerichtspraxis häufigen "Aufklärungsbeschlüsse" gem. § 272 b ZPO, die ihrem Wesen nach ebenfalls eine Einschränkung der Parteiherrschaft sind und in engem Zusammenhang mit § 139 ZPO stehen. Vgl. Baumbach-Lauterbach, ZPO Komm. a. a. O.
- 4) Vgl. oben S. 6.

Bedeutung gerade für die Verteilung der Beweislast im Verwaltungsprozess hat. So bieten sich für die Beweislastnormen zwei Möglichkeiten an: Die Zugehörigkeit zum materiellen Recht oder zum Prozessrecht. Beide Meinungen werden vertreten 1).

1. Die Anhänger der prozessualen Auffassung sagen etwa: "Die Beweislastregel, soweit sie für den Zivilprozess in Betracht kommt, ist zweifellos eine prozessuale Regel. Denn sie schreibt vor, dass der Richter, d.h. ein Prozessbeteiligter, eine bestimmte prozessuale Tätigkeit entfalten soll, wenn die Parteien, ebenfalls Prozessbeteiligte, den Beweis gewisser Tatsachen, also auch einen prozessualen Erfolg, nicht herbeiführen". Dann müssten aber die Regeln über die Beweislastverteilung im Zivilprozess dem Prozessrecht angehören 2). Baumbach-Lauterbach 3) stellen lediglich fest, die Beweislast sei prozessualer Natur, denn nur im Prozess spiele sie ja eine Rolle.
2. So einleuchtend dies zunächst erscheinen mag, es kann dieser Auffassung doch nicht zugestimmt werden. Rosenberg 4) hat mit Recht darauf hingewiesen, dass dann ja alle Rechtssätze, die dem Richter die Gestaltung des streitigen Rechtsverhältnisses der Parteien durch Urteil auftragen, Bestandteile des Prozessrechts wären. Dies ist aber gerade nicht der Fall. Diese Überlegung allein zeigt schon die Unhaltbarkeit der prozessualen Auffassung, zumindest aber, dass die gebrauchten Argumente nicht zu ihrer Begründung ausreichen können. Weiter müssen die Beweislastnormen aber als solche erkannt werden, die den Inhalt des richterlichen Urteils bestimmen. Sie gehören daher dem materiellen Recht an, demselben Rechtsgebiet, wie der Rechtssatz, dessen Voraussetzungen die streitigen Tatsachen begründen sollen 5). Sie sind Ergänzungsnormen

1) Rosenberg, Beweislast, S. 77 mit Hinweisen auf den Streitstand in Anm. 2 und 3; vgl. auch Leonhard, Beweislast, S. 225 f.

2) So Kisch, ZBlfRW 24/296; Rosenberg vertritt noch in der 1. Auflage der "Beweislast" S. 38, die prozessuale Theorie; auch im Arch. Ziv.Pr. 94/11, Anm. 9 bekennt er sich ebenfalls noch zur prozessualen Auffassung. Ebenso Stein-Jonasschönke, ZPO Komm., § 282 IV 2. Dort heisst es: "Die Verteilung der Beweislast ist sonach ein prozessrechtlicher Grundsatz, kein solcher des Privatrechts. Denn die Beweislast wird nur im Prozess praktisch und ist nur für ihn bestimmt, sie steht und fällt mit einer bestimmten Gestaltung des Prozesses, und sie gilt auch für andere als privatrechtliche Tatbestände. Aber welche Tatsachen rechtserzeugend wirken, ob eine Tatsache negatives Tatbestandsmoment oder ihr Gegenteil Hemmungsgrund ist, das ergibt sich nicht aus dem Prozessrecht, sondern aus dem materiellen Recht, dem der Tatbestand angehört".

3) Baumbach-Lauterbach, ZPO Komm. Anhang 1 B zu § 282.

4) Rosenberg, Beweislast, S. 79 mit Nachweisen.

5) Rosenberg, Beweislast, S. 80.

zu den einzelnen materiellen Rechtsvorschriften 1). Denn die gesetzlichen Vorschriften setzen in der Regel das zweifelsfreie Vorliegen von bestimmten Sachverhalten voraus. Lässt sich nicht klären, ob der für die Anwendbarkeit des Gesetzes vorausgesetzte Sachverhalt vorliegt, so tritt zu der gesetzlichen Bestimmung die Beweislastnorm ergänzend hinzu. Wie schon festgestellt, enthält sie die Anweisung an den Richter, wie in einem solchen Falle zu entscheiden sei. Die Charakterisierung der Beweislastregeln als Ergänzungsnormen zu Sätzen des materiellen Rechts lässt keinen Zweifel mehr an ihrer Zugehörigkeit zum materiellen Recht. Aus dem materiellen Recht müssen daher auch die Regeln über die Verteilung der Beweislast gewonnen werden 2). Die Beweislast ist ein Problem der Rechtsanwendung.

2. Kapitel: Die Verteilung der Beweislast.

I. DIE VERTEILUNG DER BEWEISLAST IM ALLGEMEINEN

1. In jedem Verfahren, das der Anwendung abstrakter Rechtsnormen auf einen konkreten Sachverhalt dient, muss es also eine Beweislast geben. Hieraus folgt jedoch nichts über die Verteilung der Beweislast, d. h. es ist damit nicht schon gesagt, dass etwa der Kläger alles beweisen müsste, da er der Angreifer sei, oder dass allein der Beklagte die Beweislast trage, da er sich von dem gegen ihn erhobenen Vorwurf zu befreien habe, oder wie sonst die Beweislast zu ver-

1) Koehler, Verwaltungsgerichtsordnung, Komm., § 86 V, (S. 649).

2) Vgl. die Nachweise bei Rosenberg, Beweislast, S. 77, Anm. 2 und 3. Rosenberg selbst hat seine frühere Meinung, dass die prozessuale Theorie die richtige sei, aufgegeben, und wurde einer der stärksten Verfechter der materiellen Auffassung. Auch der Verfasser des zweiten, grossen Werkes über die Beweislast, Leonhard, vertritt die materielle Theorie (Beweislast, S. 225). Während die meisten Zivilprozessrechtslehrer der prozessrechtlichen Theorie anhängen, ist gerade die neuere Lehre im Verwaltungsrecht zu dem Ergebnis gelangt, dass die Beweislastnormen allein dem materiellen Recht angehören und daraus zu entnehmen sind. Denn hier hat sich mit grosser Deutlichkeit erwiesen, dass es nicht etwa von der prozessualen Gestaltung des Verfahrens als Anfechtungs- oder Vornahmeklage abhängen kann, wie die Beweislast zu verteilen ist. Über-einstimmend Schneider, in *dubio pro libertate*, S. 276 Anm. 44 und S. 279, 288; De-Clerck JZ 1960/13 f; Arndt, JZ 1960/273 f; Ruckriegel, DÖV 1958/531; Dahlinger, NJW 1957/7 f; Tietgen, DVBl 1959/591 und 707; auch schon das pr. OVG E 30/250; ebenso Friedrichs, Verw. Rpfl. 1921/856; Berner, Verw. Arch. 31/428 ff.

teilen sei. Es müssen vielmehr gesonderte Verteilungsregeln gefunden werden, die für jeden Fall der einen oder der anderen Partei die Beweislast auferlegen¹⁾. Welcher Partei die Beweislast aufzuerlegen ist, ist die Grundfrage in diesem Zusammenhang und mit ihr beginnt die eigentliche Problematik der Lehre von der Beweislast.

2. Für den Zivilprozess und den Strafprozess - soweit im letzteren Fall von einer Beweislastverteilung überhaupt gesprochen werden soll - kann von einer gegebenen Verteilung der Beweislast ausgegangen werden. Warum die Rechtsentwicklung gerade zu dieser gegebenen Verteilung geführt hat, warum der Gesetzgeber die Verteilung in der gegebenen Form vorausgesetzt und sanktioniert hat, gilt es zu erforschen, um daraus mögliche Schlüsse auf Beweislastregeln im Verwaltungsprozess ziehen zu können.

Die Frage nach dem Grund der Beweislast kann dabei in zwei Bedeutungen verstanden werden. Einmal als eine solche nach einem Erklärungsprinzip der Beweislast und zum anderen als eine solche nach einem Verteilungsprinzip²⁾. Das eine Mal will sie den Grund der Beweislastverteilung überhaupt, das andere Mal den Grund der Beweislastverteilung im einzelnen Anwendungsfalle aufhellen. Das Erklärungsprinzip ist die Grundlage der Verteilungsprinzipien.

Forscht man nach dem Grunde der Beweislast überhaupt, so fragt man etwa: Warum trägt nicht der Kläger allein und stets die Beweislast. Oder: Warum hat nicht stets der Beklagte die Behauptungen des Klägers zu entkräften? Das ist die Frage des Erklärungsprinzips. Das Verteilungsprinzip gibt die Regel, wer im einzelnen Anwendungsfalle die Beweislast zu tragen hat. Man kann es auch so sagen: Das Erklärungsprinzip fragt danach, ob überhaupt innerhalb einer bestimmten Verfahrensart die Beweislast zu verteilen ist, oder ob nicht von vorneherein die eine oder die andere Partei beweisbelastet ist. Das Verteilungsprinzip fragt danach, wie auf der Grundlage des Erklärungsprinzips die Beweislast im konkreten Anwendungsfalle zu verteilen ist. Es wird nach einer Regel gesucht, mit deren Hilfe sich für jede Verfahrensart feststellen lässt, ob eine Verteilung der Beweislast stattfindet, oder ob eine Partei etwa stets und allein die Beweislast zu tragen hat. Eine solche Regel ist das Erklärungsprinzip der Beweislast. Wie in einer bestimmten Verfahrensart in einem konkreten Anwendungsfall die Beweislast zu verteilen sei, sucht das Verteilungsprinzip zu klären.

Hier soll zunächst nach dem Grund der Beweislastverteilung allgemein gefragt

1) Übereinstimmend Deppe, Beweislast, S. 18.

2) Vgl. Wach in ZZP 29/383 und Rosenberg, Beweislast, S. 91; ebenso geht Deppe, Beweislast, S. 20, von der Unterscheidung aus.

werden, nach dem Erklärungsprinzip. Das heisst, wenn im Folgenden vom Grund der Beweislastverteilung gesprochen wird, so sind damit nicht die heute geltenden Gesetznormen oder Gewohnheitsrechtssätze über die Beweislastverteilung gemeint, sondern die letzte Rechtfertigung der Beweislast, ein allgemeines Ableitungsprinzip, aus dem sich für jeden Prozess, für jede Verfahrensort ein gerechtes, praktisch verwertbares Verteilungsprinzip finden lässt. Das Erklärungsprinzip erklärt die Verteilungsprinzipien.

3. Während über das Verteilungsprinzip der Beweislast im Zivilprozess sich die unterschiedlichsten und zahlreichsten Meinungen gebildet haben 1), begnügte man sich für das Erklärungsprinzip damit, die Beweislastverteilung aus der Zweckmässigkeit und der ausgleichenden Gerechtigkeit zu verstehen 2). Was Rosenberg ausgeführt hat, gilt nur für das Verteilungsprinzip des Zivilprozesses. Ihm scheint die Klärung des Verteilungsprinzips wichtiger als die Erforschung des Erklärungsprinzips; dies wohl deshalb, weil im Zivilprozess von einer gegebenen Beweislastverteilung ausgegangen werden kann, in dem das Erklärungsprinzip dem Grunde nach eingeschlossen ist, so dass die Frage nach dem Erklärungsprinzip hier zunächst von nicht so ausschlaggebender Bedeutung erschien, wie die Erkenntnisse über das vorhandene Verteilungsprinzip. Für den Verwaltungsprozess erscheint es jedoch unerlässlich, vor der Suche nach einem Verteilungsprinzip zunächst das Erklärungsprinzip und damit die allgemeine Rechtfertigung der Beweislast zu untersuchen. Im Verwaltungsprozess ist bis heute ein Verteilungsprinzip der Beweislast nicht konkretisiert worden, so dass nicht wie im Zivilprozess an einem vorhandenen Verteilungsprinzip die Übereinstimmung mit dem Erklärungsprinzip geprüft werden kann. Für den Verwaltungsprozess bleibt nur der Weg, das Verteilungsprinzip an Hand des Erklärungsprinzips zu erschliessen.

1) Rosenberg, Beweislast, S. 91 gibt eine Zusammenfassung und Erklärung der wesentlichsten Meinungen über das Verteilungsprinzip (S. 94) und führt aus, dass die Beweislast einmal als Folge der kontradiktorischen Gestaltung des Prozesses erklärt werde (Stein-Jonas-Schönke), aus der Logik und der Natur der Sache, aus der Beschaffenheit des Beweissystems als formelles oder materielles (Planck), aus dem Besitzstand (Endemann, Brodmann). Er fügt diesen verschiedenen Ansichten seine, wohl allein richtige und allgemein anerkannte Meinung hinzu, dass die Beweislastverteilung für den Zivilprozess aus den verschiedenen Normen (anspruchsbegründende - hindernde, - vernichtende, - hemmende) zu verstehen sei.

2) Rosenberg, Beweislast, S. 91; R. Schmidt, Lehrbuch, S. 474, 480, 481; v. Thur, der Allgem. Teil des BGB, II, 1. S. 10; Wach in ZZP 29/365 ff; Weissmann, Lehrbuch des Deutschen Zivilprozesses, I, S. 121.

II. DAS ALLGEMEINE ERKLÄRUNGSPRINZIP, ENTWICKELT AUS DEN VERTEILUNGSPRINZIPIEN IM ZIVILPROZESS UND STRAFPROZESS

1. Versuchen wir ein Erklärungsprinzip für die in den verschiedenen Verfahren gegebene Beweislastverteilung zu finden, so erscheint es geboten, zunächst die Verteilungsprinzipien darzulegen, um so von der spezielleren Regel her das Grundlagenprinzip zu finden. Dabei mag es genügen, die gegebene Verteilung im Zivilprozess und im Strafprozess 1) aufzuzeigen, da einmal diese beiden Verfahren beispielhaft für alle Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz einerseits und Untersuchungsgrundsatz andererseits sind, zum anderen aber auch die ältesten Verfahren sind, in denen sich Beweislastverteilungen ausbilden konnten.

a) Im Zivilprozess gilt das allgemeine Prinzip der Beweislastverteilung, wonach jede Partei die Voraussetzungen der ihr günstigen Normen zu behaupten und zu beweisen hat 2). Die Beweislast ist "gleichmässig" auf beide Parteien verteilt, d. h. es hat nicht eine Partei wegen ihrer Stellung als Angreifer oder Angegriffener, als Kläger oder Beklagter die Hauptlast des Beweises zu tragen. Will eine Partei eine Forderung im Prozess geltend machen, so hat sie deren Entstehungstatbestand zu beweisen, gleichgültig, ob sie als Kläger Erfüllung begehrt, oder ob sie als Beklagter aufrechnen will. Wer ein Rücktrittsrecht ausübt, muss dessen Voraussetzungen dartun, mag er sich als Kläger oder Beklagter darauf berufen. Jede Partei hat in gleicher Weise alle Voraussetzungen der Normen darzutun und zu beweisen, die ihr Prozessbegehren rechtfertigen, also gleichgültig, ob sie zur Begründung des Klageanspruchs dienen, oder ob sie die Einwendungen des Beklagten tragen sollen. Eine Vorzugsstellung einer Partei im Bezug auf die Beweislast ist nicht zu erkennen. Weitere Beispiele, aus denen die Richtigkeit des allgemeinen Prinzips der Beweislastverteilung im Zivilprozess und die gleichmässige Verteilung der Beweislast auf die Parteien hervorgeht, liessen sich beliebig anführen. Es soll hier genügen die Verteilung an einem Fall zu zeigen: A klagt gegen B auf Zahlung von 300. - DM Miete. Er trägt vor, er habe dem B ein Zimmer zum Preise von monatlich 150. - DM vermietet und hierüber mit B einen Mietvertrag geschlossen. B habe seit 2 Monaten nicht be-

1) Niese verweist in JZ 1952/353 insbesondere auf die Verbindung zwischen Strafprozess und Verwaltungsprozess.

2) Rosenberg, Beweislast, S. 98; RG in Warn. Rspr. 1910/237. Das RG, übereinstimmend auch der BGH im Urteil vom 8. Nov. 1951 (BGHZ 3/343 ff) sagen, dass "derjenige, der eine Rechtsfolge behauptet, diejenigen Tatsachen anführen und beweisen muss, an die das Gesetz die Rechtsfolge knüpft". Ähnlich Wieczorek, ZPO Komm., II, Teil 1 Anm. E III a zu § 282; Baumbach-Lauterbach, ZPO Komm., Anhang 2 zu § 282; Stein-Jonas-Schönke, ZPO Komm., Anm. IV 1 zu § 282.

zahlt. B erwidert, er habe mit A keinen schriftlichen Mietvertrag geschlossen. Er wohne zwar in dem Zimmer, des A, dieser habe es ihm aber für 100, - DM monatlich überlassen. Ausserdem habe er ihm aber die beiden Mietbeträge erlassen. Rein vorsorglich rechne er mit einer Schadensersatzforderung auf, die er gegen A aus einer unerlaubten Handlung habe. In diesem Falle müsste der Kläger das Bestehen des Mietvertrages und die Vereinbarung des Mietpreises auf DM 150, - beweisen, der Beklagte hätte nachzuweisen, dass A ihm die Schuld erlassen hatte, beziehungsweise dass ihm eine aufrechnungsfähige Gegenforderung zustehe. Keine der Parteien trägt die Beweislast allein. Jede hat die für ihr Prozessbegehren notwendigen Voraussetzungen zu beweisen.

Wenn von einer "gleichmässigen" Verteilung der Beweislast in diesem Sinne gesprochen wird, so ist damit nicht gesagt, dass die Beweislast in jedem Fall nach dieser allgemeinen Regel verteilt ist. Die Verteilung kann auch für bestimmte Einzelfälle im Gesetz besonders geregelt sein, die in Übereinstimmung oder in Widerspruch zu dem allgemeinen Verteilungsprinzip stehen können. So steht die durch die gesetzliche Eigentumsvermutung des § 1006 I BGB bestimmte Beweislastverteilung gerade im Gegensatz zu dem allgemeinen Verteilungsprinzip. Gehen wir von folgendem Fall aus: A klagt gegen B auf Schadensersatz gemäss § 823 BGB. Zur Begründung trägt er vor, B habe sein am Randstein **geparktes** Auto mit einer Bierflasche beschädigt. B erwidert, A sei weder Eigentümer noch Besitzer des Wagens gewesen. Nach dem allgemeinen Prinzip der Beweislast hat A für alle Voraussetzungen, von denen abhängt, ob sein Anspruch entstanden ist, die Beweislast. Er müsste also auch beweisen, dass er im Zeitpunkt der Beschädigung Eigentümer des Wagens war. Die Vermutungsfolge des § 1006 I S. 1 BGB stellt ihn jedoch besser und durchbricht das allgemeine Prinzip: A braucht zunächst nur Tatsachen vortragen, aus denen sich sein Besitz ergibt. Gelingt ihm dies, so wird sein Eigentum an dem Wagen gemäss § 1006 I S. 1 BGB vermutet 1) und B müsste seinerseits nun dartun, dass A trotz seines Besitzes nicht Eigentümer geworden ist 2). Dies könnte er einmal durch den Beweis, dass etwa C Eigentümer sei, oder durch den Nachweis, ihm sei die Sache vor der Besitzzeit des A abhandengekommen (§ 1006 I S. 2). B trägt also in diesem Falle als Beklagter die Beweislast für Voraussetzungen, von denen der Klageanspruch abhängt 3). Durch die Eigentumsvermutung des

1) Vgl. RG in JW 1910/390; BGH LM § 985 Nr. 1; RGR Komm. § 1006 Anm. 13.

2) Vgl. Brauer, Zivilrechtsfall, S. 134. Gelingt es A nicht seinen Besitz nachzuweisen, so kann er sich freilich nicht auf die Vermutungsfolge des § 1006 I S. 1 berufen. In diesem Falle müsste er sein Eigentum beweisen.

3) Soergel, BGB Komm. Anm. I, 5 zu § 1006.

§ 1006 I S. 1 BGB wird sonach das allgemeine Beweislastprinzip durchbrochen. Ähnliche Durchbrechungen ergeben sich etwa auch in den Fällen der §§ 179 I, 282, 891, 1253 BGB. A hat etwa mit B als Vertreter einen Vertrag geschlossen, dessen Genehmigung von C verweigert wird. A verklagt nun B auf Schadensersatz und B trägt vor, er habe Vertretungsmacht gehabt. Hier hätte A nach dem allgemeinen Prinzip al Voraussetzung seines Klageanspruchs zu beweisen, dass B ohne Vertretungsmacht gehandelt habe. Er braucht diesen Beweis jedoch nicht anzutreten, sondern sein Vortrag gilt solange als richtig, bis B nicht das Gegenteil bewiesen hat. Oder A hat aus Unvorsichtigkeit ein Stallgebäude des C in Flammen aufgehen lassen. B verklagt ihn auf Ersatz; er habe eine Grundschuld auf dem Anwesen des C, die nunmehr entwertet sei (§§ 823 I und II, 1192, 1134 BGB) 1).

Nach dem allgemeinen Beweislastverteilungsprinzip hat B die Beweislast für alle Voraussetzungen, von denen die Entstehung seines Anspruchs abhängt, also auch dafür, dass er zur Zeit des Brandes Inhaber der Grundschuld gewesen ist. Die Vermutungsfolge des § 891 I BGB nimmt ihm die Beweislast für das dingliche Recht ab. B muss nur nachweisen, dass die Grundschuld eingetragen ist.

Es konnten hier nicht alle Sondernormen der Beweislast an Hand von Fällen aufgeführt werden, es sollte nur gezeigt werden, dass die Sondernormen der Beweislast mit dem allgemeinen Verteilungsprinzip teils übereinstimmen, teils in Widerspruch stehen.

Dies berührt jedoch die Richtigkeit der grundsätzlich "gleichmässigen Verteilung der Beweislast im Zivilprozess" nicht, sondern erweist vielmehr unter dem Gesichtspunkt, dass die besonders normierte Ausnahme die Regel bestätigt, die Richtigkeit des allgemeinen Verteilungsprinzipes.

- b) Im Strafprozess herrscht eine starre Beweislastverteilung: der Staatsanwalt trägt als Verfolger des staatlichen Strafanspruches die volle Beweislast, und nicht der Angeklagte hat sich zu entlasten, ausgenommen die sogenannten Schuldvermutungen der §§ 186, 361 Ziff. 8 StGB. Das Gericht hat zwar auch hier wie sonst im Strafverfahren von Amts wegen die materielle Wahrheit zu erforschen (§§ 155 II, 244 II StPO) 2). Der Täter hat nach dem BGH keine Beweislast im Sinne einer Beweisführungspflicht 3). "Den Täter trifft aber insofern die materielle Beweislast, als er im Zweifelsfall zu verurteilen ist; abweichend von dem strafprozessualen Satz "in dubio pro reo"

1) Diesen Fall bringt Brauer, Zivilrechtsfall, S. 136.

2) Vgl. RG DJ 1937/163; BGH in MDR 1954/335.

3) BGH St Bd. 1/54; BGH in MDR 1954/335.

geht hier der Beweis Zweifel zu Lasten des Angeklagten" 1). Der Grund dieser Beweislast des Angeklagten mag wohl, wie Schäfer 2) ausführt, darin liegen, dass für den ungeschmäleren Ehrbestand eine Vermutung streitet. Dies erweist sich auch schon an der Gegensätzlichkeit von "nicht erweislich wahr" zum blossen "wahr" im Tatbestand des § 186. Das Gericht wird dadurch der schwierigen Ermittlung des Umfanges der Ehre zur Zeit des Ehrengriffes enthoben. "Der Achtungsanspruch jeder Person ist demnach solange als ungeschmäleret zu respektieren, bis man das Gegenteil zu beweisen in der Lage ist. Achtung vor der Werthhaftigkeit jedes Volksgenossen bleibt die oberste Voraussetzung jeden Gemeinschaftslebens nach dem Gesetz des Wechselverhältnisses, d. h. der gegenseitigen Zurückhaltung von der Lebenssphäre und dem Eigenleben der grundsätzlich gleichgeordneten anderen. So stimmt das Interesse der Gesamtheit am Rechtsfrieden mit dem Interesse des Ehrenträgers am möglichst umfassenden Ehrschutz unmittelbar zusammen".

Die Schuldvermutungen stellen somit ebenfalls eine Art "Sondernormen der Beweislast" dar, die das allgemeine Prinzip in dubio pro reo durchbrechen. In ihrer Ausnahmestellung, die hier noch deutlicher zu Tage tritt als bei den Sondernormen des Zivilprozesses, bestätigen sie nur die Regel der "Beweislastverteilung im Strafprozess". Sie regeln besondere Fälle in einer vom allgemeinen Verteilungsprinzip abweichenden Weise und bestätigen gerade dadurch die Richtigkeit des allgemeinen Prinzips für alle übrigen Entscheidungen. Von einer eigentlichen Verteilung der Beweislast im Strafprozess kann freilich nicht gesprochen werden. Denn der Kläger trägt das Prozessrisiko - mit Ausnahme der genannten Sondernormen - in jedem Fall, bei der öffentlichen Klage der Staat, bei der Privatklage der Privatkläger.

Da der Strafprozess ein Verfahren mit Untersuchungsgrundsatz ist, kann es nur eine materielle Beweislast, eine Feststellungslast geben; im Falle des non liquet muss zu Lasten des Klägers entschieden werden. Dass jedoch auch im Strafprozess von einer Beweislast gesprochen werden kann, ist mit Kern, Goldschmidt, v. Kries und vielen anderen anzunehmen 3). Zwar sind die Bedenken, die hiergegen insbesondere von E. Schmidt und Alsberg geäußert wurden, erheblich 4). Doch geht es bei dieser Auseinandersetzung letztlich

-
- 1) Vgl. die angeführten Entscheidungen des BGH sowie Schönke-Schröder, StGB Komm. S. 784, Anm. III zu § 186.
 - 2) Schäfer in Leipziger Komm. zum StGB, Vorbem. zu den Beleidigungsdelikten, Ziff. I, 4.
 - 3) Kern, Strafverfahrensrecht, § 57 D: "Der Kläger trägt die materielle Beweislast ungeteilt". Ähnlich Goldschmidt, der Prozess als Rechtslage, S. 340; v. Kries, Lehrbuch, S. 341 ff; vgl. auch oben S. 26.
 - 4) E. Schmidt, Lehrkomm. zur StPO und zum GVG I, S. 153 ff; Alsberg, der Beweisanspruch im Strafprozess, S. 9, insbesondere Anm. 14 und 15.

mehr um einen terminologischen Streit als um einen sachlichen. Denn wenn auch eine Parteistellung der Prozessbeteiligten im Strafprozess nicht in dem Masse gegeben ist, wie im Zivilprozess, und wenn auch nicht gesagt werden kann, dass der Angeklagte unterliege und der Staatsanwalt ob-siege oder umgekehrt, so ist das Gericht doch bei mangelnder Sachaufklärung gezwungen, eine Entscheidung zu Lasten dessen zu fällen, dem der Nachweis der tatsächlichen Entscheidungsgrundlagen obliegt. Diesen Nachweis hat ungeteilt der Staatsanwalt zu führen und insoweit hat er das "Prozessrisiko" zu tragen. Es kann also auch hier von einer objektiven Beweislast gesprochen werden 1).

2. Bei der Frage nach dem Grunde dieser unterschiedlichen Beweislastverteilung im Zivilprozess und im Strafprozess wird es nicht genügen, auf Gebote der Zweckmässigkeit und der ausgleichenden Gerechtigkeit zu verweisen 2). Eine Erklärung allein aus den in beiden Verfahren herrschenden unterschiedlichen Prozessmaximen kann ebenfalls nicht befriedigen. Gerechtigkeit selbst ist in sich nicht völlig eindeutig. Hier ist insbesondere die Verbindung zum Gleichheitsprinzip herzustellen, da Gerechtigkeit gerade insoweit mehrdeutig erscheint, als sie nicht angibt, was gleich und was ungleich zu qualifizieren ist. Sie bedarf der Ergänzung durch andere Werte (etwa Personwert, Gemeinschaftswert, Ordnungswert) von denen aus die Entscheidung zur Gleichbehandlung oder Ungleichbehandlung gefällt werden kann. Gleiches gleich, Ungleiches ungleich, diese Doppelbedeutung des Gleichheitssatzes erklärt seine Vieldeutigkeiten. Der Gleichheitssatz ist der Masstab, nach dem die gerechte Entscheidung gefällt wird. Er folgt aus dem Rechtsstaatsprinzip und der ihm zwangsläufig innewohnenden Tendenz nach Verwirklichung der materiellen Gerechtigkeit 3). Nichts verletzt das Rechtsgefühl so sehr, wie unterschiedliche Behandlung gleichwertiger Rechtsträger, gleichliegender Sachverhalte. Grundlage der Gerechtigkeit ist also die gleiche Behandlung 4). So verweist die Frage nach dem Grunde der Beweislastverteilung durch den Gleichheitssatz unmittelbar auf das

1) Vgl. Alsberg, a. a. O. S. 8, der eine zusammenfassende Übersicht gibt. Näher kann auf das Problem im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden.

2) Rosenberg, Beweislast, S. 91; vgl. auch Deppe, Beweislast, S. 22. Er sagt, die Beweislast erhalte ihre letzte Rechtfertigung aus dem "Rechtsprinzip". Was er allerdings darunter genau versteht, wird nicht ganz deutlich.

3) Vgl. Hamann, Grundgesetz Komm., Anm. A 1 zu Art. 3; Coing, oberste Grundsätze, S. 31.

4) Coing, a. a. O. S. 31 weist mit Recht darauf hin, dass bereits Aristoteles (Nikomach. Ethik, Ed. Voilquin, Garnier, Buch 5 Kap. 1, 8) diese Verbindung von Gerechtigkeit und Gleichheit gesehen und zur Grundlage seiner Analyse gemacht hat.

positive Recht und damit auf die Stellung der Prozessbeteiligten, auf ihr Verhältnis zueinander, auf ihre Werthaftigkeit 1).

Durch die Stellung als Kläger oder Beklagter wird kein Einfluss auf den Grund der Beweislastverteilung ausgeübt; auch der konkrete Prozess hat auf die Verteilung der Beweislast keinen Einfluss 2).

Wird ein Erklärungsprinzip gesucht, das zu gerechten Verteilungsprinzipien für jede Prozessart führt, so ist auf die Werthaftigkeit der jeweiligen Prozesssubjekte zurückzugreifen, da nur so das mit der Forderung nach Gerechtigkeit notwendig verbundene Gleichheitsprinzip verwirklicht werden kann. Hierbei wird das Spannungsfeld, das sich durch die Verschiedenheit der Menschen nach Anlage und Leistung unleugbar ergibt, durch den Begriff der Werthaftigkeit für die Problematik der vorliegenden Untersuchung beseitigt. Werthaftigkeit meint nicht den Eigenwert, der dem A oder B oder C jeweils nach seinen Anlagen, Fähigkeiten, Leistungen zukommt, sondern den Personwert, den Wert "Einzel-individuum" 3). Insoweit sind A, B und C gleich und müssen gleichbehandelt werden. Ihr Verhältnis zu anderen Rechtsträgern, etwa dem Staat, den Gemein-

- 1) Coing, a. a. O., S. 34 weist darauf hin, dass in "Politik und staatlicher Reich-tumsverteilung" die Bewertung der Einzelpersonen eine entscheidende Rolle spielt. Mit Aristoteles sagt er, dass hier neben der Gerechtigkeit ein anderer sittlicher Wert bedeutsam ist, der Wert der Person. "Die grossen sozialen Ge-rechtigkeitskonflikte", heisst es weiter, "erwachsen aus einer verschiedenen Bewertung des Menschen, weil diese den Masstab abgibt, womit die Gerechtig-keit misst, wonach sich bestimmt, was einem jedem zukommt, und wo die Grenze für die Gleichbehandlung der Menschen liegt".
- 2) Rosenberg, Beweislast, S. 117 und 173; Stein-Jonas-Schönke. ZPO Komm., § 282 IV 8; Eyermann-Fröhler, VwGO Komm., Anm. 4 a zu § 86; ebenso für den Verwaltungsprozess Menger, Verw. Arch. 1958/281 f; BSG in NJW 1958/39; Feeder in FischZS 66/321; Deppe Beweislast, S. 28; Ähnlich auch schon das pr. OVG E 28/215; 33/14; 46/242; Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, 1921/856; auch BGHZ 17/260, Urteil vom 18. 5. 1955; Baumbach-Lauterbach, ZPO Komm., Anhang 2 zu § 282.
- 3) Es geht hier also nicht um die Prozessstellung als Kläger oder Beklagter, sondern lediglich um die "Schwere" der Rechtsträger, die sich in einem Prozess gegen-überstehen: Einzelner und Einzelner als gleichgeordnete, "gleich schwere" Rechtssubjekte, Einzelner und Staat oder Einzelner und privilegierter Einzelner (etwa die Adelsrechte in früheren Prozessen) als jeweils verschieden schwere Rechtsträger. Dies ist von entscheidender Bedeutung für das Erklärungsprinzip und das Verteilungsprinzip der Beweislast. Vgl. auch S. 20. 21

den oder Kirchen, kann nach Feststellung der Werthaftigkeit dieser Rechtsträger ebenfalls im Sinne einer Gleichheit oder Ungleichheit bestimmt werden. Die Forderung nach Gerechtigkeit bei der Verteilung der Beweislast auf die Prozessparteien ist mit der Zugrundelegung der Werthhaftigkeit der Rechtsträger erfüllt, da nur so in der Tat Gleiches gleich, Ungleiches ungleich behandelt werden kann.

Die Übertragung jener sozusagen "vorprozessualen" Werthhaftigkeit der Rechtsträger in den Bereich des Prozesses, begegnet keinen Bedenken. Der Gesetzgeber bewertet in den Rechtssätzen die an einer spezifischen Lebenssituation beteiligten Interessen 1). Diese Bewertung ist jedoch von dem vorprozessualen Wertverhältnis bestimmt, im Zivilprozess von der Gleichordnung, in Prozessen zwischen Staat und Einzelnem von der jeweiligen verfassungsmässigen Ausgestaltung dieses Verhältnisses. Eine Unabhängigkeit der Gesetze als Ordnungsregeln zwischen den Rechtsträgern von der Wertrelation, dem Eigenwert der Rechtsträger selbst, ist also schlechthin nicht denkbar. Das Gesetz spricht von Schuldner, von Gläubiger, von Käufer und Verkäufer, von Staat und Staatsbürger. Diese Bezeichnungen sind nur dann sinnvoll und gewinnen notwendig erst dann Bedeutung, wenn sie auf Rechtssubjekte von gleicher oder verschiedener Werthhaftigkeit angewandt werden können.

Auch wenn gesagt wurde, die Beweislastverteilungsregeln seien dem materiellen Recht zu entnehmen, so ist ja damit das materielle rechtliche Grundverhältnis gemeint. Aus diesem streiten aber nicht ein "abstrakter" Kläger mit einem "abstrakten" Beklagten, sondern hinter der Prozesstellung verbirgt sich jeweils ein Rechtsträger, zwei Einzelindividuen, oder Einzelindividuum und Gemeinschaft. Das materielle Recht wird so von dem Wertverhältnis der Rechtssubjekte bestimmt und es können ihm nur dann die Beweislastverteilungsregeln richtig entnommen werden, wenn dieses Verhältnis beachtet ist. Unter Werthhaftigkeit wird dabei der "Eigenwert" der Rechtssubjekte im Sinne von COING verstanden 2): Der Mensch hat "als Einzelner einen unvertauschbaren Eigenwert" und ist dazu bestimmt, "Persönlichkeit zu werden" 3). "Die Personwürde des Menschen, gegründet auf den unvertauschbaren Wert der Einzelpersönlichkeit, tritt als ergänzender Masstabswert neben die Gerechtigkeit". So wie es einen Eigenwert des Menschen gibt, muss es einen Eigenwert, eine Werthhaftigkeit des Staates geben, der aus seiner Qualifikation als Ordnungsträger, als

1) Übereinstimmend Deppe, Beweislast, S. 23.

2) Coing, oberste Grundsätze, S. 30, 34, 39 ff. Mit Max Scheler (vgl. Coing, a. a. O. S. 28) nehmen wir den Begriff des Wertes "als ein Phänomen, das mit Gütern oder Personen zugleich gegeben ist und uns zu sich wie zu den Gütern und Personen in denen sie erscheinen, hinzieht".

3) Coing, a. a. O.

Hoheits- und Machsträger entspringt 1). Die Wertrelation wird bedeutsam durch die Konfrontierung der Rechtsträger im Prozess. Die Werte müssen in der sozialen Wirklichkeit miteinander sinnvoll verbunden und in Gleichgewicht gebracht werden.

Für die Entscheidung des non liquet ist die Wertrelation der Prozessparteien massgeblich.

Nicht massgeblich ist dagegen das Postulat, der materiellen Wahrheit zum Durchbruch zu verhelfen, da der Fall des non liquet gerade den Fall der Unerweislichkeit der Wahrheit betrifft. Es ist zwar nicht zu übersehen, dass eine gewisse Spannung zwischen "Gerechtigkeit" und "Wahrheit" gerade im Prozessrecht relevant wird, da etwa dem raffinierten "Spurenverdunkler" die gleichen Verteidigungsmittel zustehen, wie demjenigen, der die Wahrheit kundtun will. Wie bereits festgestellt:

Im Fall des non liquet wird eine Entscheidung über die Wahrheit nicht getroffen. Dass in diesem Fall etwas zu Gunsten des Angeklagten entschieden wird, berührt die Wahrheit nicht.

Das non liquet ist ja gerade die Unerweislichkeit der Wahrheit und es kann insofern nicht die Forderung gestellt werden, dass gerade in diesem Fall die Entscheidung von der Wahrheit her zu finden sei.

3. a) Im Zivilprozess treten sich die Parteien als gleiche Rechtssubjekte gegenüber. Sie beherrschen zu gleichen Teilen den Prozess, Kläger und Beklagter werden vom Gesetz gleich bewertet, sie haben dasselbe "Gewicht", die gleiche Werthaftigkeit und dieselbe Verhaltenswahrscheinlichkeit 2). Sie vertreten jeder die eigenen, gleich wichtigen Interessen. Der "Wert" Individualinteresse steht auf jeder Seite; zwei Individualinteressen gleicher Art stehen sich gegenüber. Dies gilt nicht nur im Zivilrechtsstreit zwischen Einzelpersonen, sondern auch etwa im Prozess zwischen juristischen Personen des Privatrechts und Einzelpersonen. Diese Gleichstellung von Einzelnem und Personenmehrheit könnte im Hinblick auf den Gleichheitssatz problematisch erscheinen. Sie erweist sich jedoch nach der Theorie der juristischen Person als unbedenklich 3). Die juristische Person wird als selbständiger Träger von

1) Fechner, Rechtsphilosophie, S. 46, spricht von "institutionsbegründenden Werten, auf denen die Eigengesetzlichkeit der Verbände beruht". Der Staat vertrete als Grundwert die Sicherung der materiellen Existenz und sei berechtigt, Gehorsam zu verlangen. Vgl. auch Wintrich, Grundrechte, S. 8, der vom "Eigenwert der Gemeinschaft" spricht.

2) Deppe, Beweislast, S. 92, spricht von einer "ausserprozessualen Gleichwertigkeit der Parteien im Zivilprozess".

3) Vgl. z. B. Enneccerus-Nipperdey, Bd. I, erster Halbband, S. 607 ff (612).

Rechten und Pflichten, unabhängig von der Zahl Ihrer Mitglieder oder der durch sie verkörperten Einzelwillen gesehen (Trennungsprinzip). Wie die Rechtsordnung dem einzelnen, natürlichen Menschen Rechtsfähigkeit zuerkennt, so gibt sie auch mehreren Menschen, die sich zu einer gemeinsamen Tätigkeit zusammengeschlossen haben, Rechtsfähigkeit, in dem sie ihre Organisation rechtlich regelt und ihnen die Fähigkeit gibt, Rechte und Pflichten zu haben, die ihnen das Wirkenlassen der zusammengeschlossenen Kräfte im Rahmen der Rechtsgemeinschaft ermöglichen 1). Die juristische Person wird insoweit gleich den Einzelpersonen behandelt. Zwar kann von einer gleichen Werthaftigkeit nicht gesprochen werden. In diesem Bereich unterscheiden sich juristische Person und Einzelindividuum. Es ist jedoch sachlich gerechtfertigt, die juristische Person als gleichwertig mit der natürlichen Person zu behandeln, solange sie nur Träger von privaten Rechten und nicht auch von Hoheitsrechten ist. Die Rechte und Pflichten einer juristischen Person erhalten im Zivilprozess nicht etwa deshalb besonderes Gewicht, weil sie eine Mehrzahl von Einzelwillen verkörpert. Da ihr vom Gesetz als gedachter Rechtsperson die gleichen Möglichkeiten, Rechtshandlungen vorzunehmen, zugeordnet sind, wie der natürlichen Person, rechtfertigt sich diese Gleichbehandlung 2).

Wo eine gleiche Werthaftigkeit herrscht, muss auch eine gleiche Verteilung gelten, d. h. wo gleiche Rechtsträger streiten, müssen für jeden die selben Vergünstigungen und Erschwernisse gegeben sein. Bedenken gegen die Richtigkeit dieser These der gleichmässigen Verteilung der Beweislast im Zivilprozess könnten daraus entstehen, dass in der Praxis der Kläger, als der Angreifer, doch zunächst die Klagebehauptungen beweisen muss 3), während sich der Beklagte auf ein blosses Bestreiten der klägerischen Behauptungen beschränken kann. Er braucht überhaupt nichts zu beweisen 4). Man käme

1) Reichsgerichtsräte Komm. zum BGB, 11. Aufl., Vorbem. vor § 21.

2) Vgl. Palandt, BGB Komm. Einf. vor § 21 Anm. 2; Ennecceras-Nipperdey, a. a. O. S. 629 ff; freilich wird nicht verkannt, dass die juristische Person in vieler Hinsicht (etwa im Familienrecht, Erbrecht oder Strafrecht) der natürlichen Person nicht gleichgestellt sein kann. Dies ergibt sich schon aus der natürlichen Verschiedenheit, ändert aber andererseits nichts an der prozessualen Gleichheit. Vgl. auch Staudinger, BGB Komm., Einl. vor § 21.

3) Hier muss darauf hingewiesen werden, dass mit "Angreiferstellung" nicht die prozessuale Stellung als Kläger gemeint ist, sondern die ausserprozessuale Stellung als derjenige, "der von einem anderen etwas will". Die Prozesstellung als Kläger oder Beklagter ist für die Beweislastverteilung nicht von Bedeutung.

4) Auch bei der negativen Feststellungsklage, bei der der Kläger die Feststellung des Nichtbestehens einer Schuld begehrt, scheint das Angreiferprinzip zu gelten.

nach der Angreiferregel zu dem einfachen Erklärungsprinzip der Beweislast, dass eben jeweils derjenige, der etwas von seinem Gegner verlange, dafür auch die Beweislast zu tragen habe. Obwohl dieses Prinzip auch auf den Strafprozess und Verwaltungsprozess anwendbar erscheint, kann es nicht richtig sein.

Der Angreifer müsste dann immer und jeweils ungeteilt die Beweislast tragen. In dem oben, Seite 14 angeführten Beispiel hätte A als Kläger (Angreifer) also nicht nur zu beweisen, dass ein Mietvertrag mit einer Miete von DM 150. - monatlich geschlossen worden sei, sondern er müsste auch beweisen, dass er die Forderung nicht erlassen habe und dass B keine aufrechenbare Forderung aus unerlaubter Handlung gegen ihn habe. Es zeigt sich schon an diesem einfachen Fall, dass mit der Angreiferstellung die Beweislastverteilung im Zivilprozess nicht erklärt werden kann. Ein Erklärungsprinzip, das die Angreiferstellung einer Partei zu Grunde legt, mag sich im Strafprozess als richtig erweisen, obwohl hier von dem Staat als Angreifer, der die Bestrafung des Angeklagten begehre, richtigerweise nicht gesprochen werden kann. Denn ist nicht vielmehr der Angeklagte dann der Angreifer gegen die gesellschaftliche Ordnung, und hätte nicht dann er sich zu entlasten? Nach dem Angreiferprinzip müsste im Strafprozess wohl gerade der Angeklagte das Prozessrisiko tragen. Denn wie sollte sich die Beweislast des Beklagten, des sich Verteidigenden, für die rechtsvernichtenden, rechtshemmenden Einreden, kurz für alle ihm günstigen Tatsachen rechtfertigen lassen? Bezüglich dieser Tatsachen kann er doch nicht plötzlich als Angreifer gesehen werden. Angreifer ist jeweils nur diejenige Partei, die von ihrem Gegner etwas verlangt. Und diese Partei müsste dann auch folgerichtig im Zivilprozess ungeteilt die Beweislast tragen. Dies ist aber nach dem herrschenden Verteilungsprinzip gerade nicht der Fall.

Die Stellung als Angreifer oder Angegriffener erklärt die gegebenen Verteilungsprinzipien somit nicht, sie taugt nicht als Erklärungsprinzip.

Das Prozessrisiko kann immer nur die eine oder die andere Partei allein tragen. Eine Aufteilung der Beweislast in diesem Sinne ist nicht denkbar. Wenn von gleichmässiger Verteilung gesprochen wird, so ist gemeint, dass eine Partei durch nichts bevorzugt oder benachteiligt ist, dass

Fortsetzung der Fussnote 4 von Seite 22:

Denn der wirkliche Angreifer ist nicht der Kläger, sondern der Beklagte, da er sich ja einer Forderung berührt und so vom Kläger etwas will. In der Tat hat hier denn auch folgerichtig der Beklagte die Beweislast zu tragen. Er ist der Angreifer. Vgl. z.B. Lent, Zivilprozessrecht, § 34 II 3; auch Menger, Rechtsprechung, Verwalt. Arch. 49/281.

beide die gleiche Chance haben, im Prozess das Prozessrisiko tragen, die Nichterweislichkeit von Tatsachen gegen sich gelten lassen zu müssen.

Aus der Angreiferstellung lässt sich nur eine zeitliche Regel ableiten: Der Angreifer ist im Falle seiner Beweislosigkeit der zuerst beweisbelastete Teil. Kann also der Kläger bereits seine Klagebehauptung nicht beweisen, so trägt er das Prozessrisiko. Das ändert an der grundsätzlich gleichmässigen Verteilung der Beweislast nichts. Es gibt für jede rechtsbegründende Behauptung eine rechtsverneinende, rechtsvernichtende oder rechtshemmende Einrede. Das Verteilungsprinzip der Beweislast bewirkt nicht, dass der Angreifer mit grösserer Wahrscheinlichkeit das Prozessrisiko tragen werde. Das Prozessrisiko ist vielmehr dem Angreifer wie dem sich Verteidigenden in gleicher Weise auferlegt.

In der Tat zeigt auch eine Betrachtung der Rechtssätze des Zivilrechts, dass dieselben sich teils ergänzen und unterstützen, teils einander entgegenarbeiten, während wieder andere sich gegenseitig in ihrem Tatbestand und in ihren Folgen ausschliessen 1). Die oben 2) angeführten Beispiele können auch hier herangezogen werden.

- b) Im Strafprozess stehen sich der Strafanspruch des Staates, (der Allgemeinheit, der Gesellschaft), verkörpert durch den Staatsanwalt, und der Angeklagte als Einzelindividuum gegenüber. Zwei ungleiche Rechtssubjekte, ungleiche Interessen, verschiedene Werthaftigkeit, wie der Satz in dubio pro reo zeigt: es soll zu Gunsten des Angeklagten entschieden werden, wenn ein non liquet in der Tatfrage besteht. Das Prozessrisiko trägt der Staat, die Allgemeinheit 3). Der Einzelne wird vor dem Strafanspruch der Allgemeinheit privilegiert. Ihm fallen Vergünstigungen zu, in deren Genuss der Gegner nicht kommt.

- 4. a) Die unterschiedliche Verteilung der Beweislast scheint ihren Grund in dem unterschiedlichen Eigenwert, dem verschiedenen "Gewicht" der Prozess-

1) Vergl. Fitting, in ZJP 13/40; Rosenberg, Lehrbuch, § 114 III, 2.

2) Der oben S. 14 angeführte Fall, in dem A dem B ein Zimmer vermietet und auf Zahlung klagte, mag auch hier als Beispiel dienen. A kann nur Erfolg haben, wenn er den Mietvertrag geschlossen hat, wenn er die Schuld nicht erlassen hat, wenn B keine aufrechenbare Forderung gegen ihn hat.

3) Hier muss erneut darauf hingewiesen werden, dass es sich im Strafprozess nicht um ein Obsiegen oder Unterliegen handeln kann. Wenn gesagt wird, der Staat trage das Prozessrisiko, so ist damit gemeint, dass der Angeklagte nicht verurteilt werden kann, wenn der dem Gericht unterbreitete Verdacht nicht zur Gewissheit der Schuld verdichtet werden kann: die Allgemeinheit muss sich dann mit dem Verdacht abfinden, ohne eine Bestrafung zu erzielen.

subjekte zu haben, so dass gesagt werden könnte, das Erklärungsprinzip könne nichts anderes sein, als ein Bewertungsprinzip und im Falle des non liquet folge daraus eine Verteilungsregel, nach der immer der wertintensivere, der werthöhere Prozessteil zu privilegieren sei. Aber kann das Erklärungsprinzip allein unter der Herrschaft der Wertrelation gesehen werden?

- b) Unabhängig davon, ob von einer objektiven Wertskala, etwa im Sinne von naturrechtlich vorgegebenen, wertenden Normen oder von wandelbaren, relativen Werten, die sich nach dem jeweiligen Kulturzustande bilden, ausgegangen wird, immer tritt zu dem Wert als Norm das Verhalten, das Sein als Tatsachenfaktor hinzu 1). Hierbei kann das Verhalten von empirischen Erfahrungssätzen, von einer gewissen Wahrscheinlichkeit her bestimmt werden 2). Entscheidungsregeln, Gesetze bilden sich nur aus einer Verbindung von Grundnormen, Grundwerten mit Verhaltenswahrscheinlichkeiten, mit Tatsachenvermutungen. Die Werte dürfen nicht isoliert betrachtet werden, sondern in ihrer Bezogenheit auf die "Welt in der wir leben". Diese Welt aber ist eine Welt der Wahrscheinlichkeiten. Auf der einen Seite sind die Normen, welche die Verwirklichung von Werten gebieten und auf der anderen Seite die Normadressaten, denen die Verwirklichung aufgegeben ist. Ob die Normadressaten das verwirklichen, was sie sollen, kann nur vermutet werden. Stets sind zwei Möglichkeiten denkbar: die Normverwirklichung und die Normverletzung. Weil keine Gewissheit über das Verhalten bestehen kann, - dies folgt aus der Natur des Menschen und seiner Freiheit, so oder so zu handeln - wird das Normale, das Wahrscheinliche zur Regel. Alles andere wird zur Ausnahme 3). Hierbei ist allerdings hervorzuheben, dass das Normale nicht mit dem Normativen identisch ist. Das "Normale" kann aber insoweit in die Norm eingehen, als diese ihre Inhalte auch daraus gewinnt, was dem Normadressaten an "normalem" Verhalten zugerechnet

-
- 1) Coing, oberste Grundsätze, S. 28 und S. 54. Dort heisst es: "Das Wertreich steht neben der Welt des Seins". Vgl. Fechner, Rechtsphilosophie, S. 47, wo darauf hingewiesen wird, dass alle Werte in der sozialen Wirklichkeit miteinander sinnvoll verbunden werden müssen. Ähnlich Hesse, die normative Kraft der Verfassung, S. 6.
- 2) Wenn die Unterlassung einer Hilfeleistung gem. § 330 c StGB unter Strafe gestellt wird, so kann diese Regel nur deshalb als gerecht erscheinen, weil zu vermuten ist, dass jeder Mensch in einem solchen Falle helfen würde. Wenn es auch nicht mit Sicherheit gesagt werden kann, aller Wahrscheinlichkeit nach wird sich ein Mensch so verhalten.
- 3) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 90, der davon spricht, dass Rechtssätze immer nur die typischerweise Beteiligten Interessen bewerten. Zum Ausnahme-Regel-Prinzip vgl. auch Deppe, Beweislast, S. 64.

wird; was aber wahrscheinlich ist, kann vermutet werden. Gesetze als ordnende Regeln des Gemeinschaftslebens müssen die Regeltatbestände zu Grunde legen, nicht Ausnahmen 1). Die in Gesetzen in Beziehung gesetzten Rechtswerte und aufgestellten Bewertungen sind nur zu verstehen in ihrer Beziehung zur Verhaltenswahrscheinlichkeit der Rechtssubjekte. Die Verhaltenswahrscheinlichkeit darf nun aber nicht so von der einfachen Annahme aus bestimmt werden, dass die Rechtssubjekte geborene Verbrecher, Störer oder "schlichte Neurotiker" seien und sich entsprechend verhalten würden. Diese Annahme deckt sich auf keinen Fall mit der Bestimmung der Verhaltenswahrscheinlichkeit, von der die Amtliche Rechtsordnung ausgeht 2). Wer von solchen Annahmen ausgeht, muss notwendig zur Konsequenz gelangen, dass der Wortgehalt der primitiveren Rechtsordnung überhaupt nicht verwirklicht werden könne und dass dieser somit Kopie nennt, aber positives d. h. Wirklichkeitsbesorgnis recht sei. Eine Entscheidungsregel, die beiden Prozessbeteiligten Gleiches auferlegt wird aber nach dem Gesagten nur dann entstehen, wenn beide die gleiche Werthaftigkeit haben und die gleiche Verhaltenswahrscheinlichkeit zeigen.

- aa) Die Beweislast im Zivilprozess erklärt sich einerseits daraus, dass der Gesetzgeber von der "Gleichheit" der Parteien ausgeht und andererseits, dass er von der Vermutung ausgeht, dass jeder normalerweise bestrebt sein werde, die für ihn günstigen Tatsachen zu beweisen. Dies ist eine einfache Tatsachenvermutung. Dass es sich um eine echte Vermutung handelt, wird klar, wenn die Vermutung dahin verstanden wird, dass gesagt wird: steht X fest, so wird Y vermutet 3). Dabei soll X als Vermutungstatbestand, Y als Vermutungsfolge bezeichnet werden. Es steht fest, dass sich Menschen in dem Prozess gegenüberstehen werden. Das ist der Vermutungstatbestand. Diese Aussage kann mit Sicherheit gemacht werden. Es wird vermutet, dass diese

1) Fitting, ZZP 13/1 ff spricht von der Rechtsordnung als von einem Grundstock "allgemeiner Normalregeln, in der Wirkung beschränkt durch eine grosse Anzahl immer feiner sich verästelnder Ausnahmen", (S. 40). Ähnlich Rosenberg, Beweislast, S. 99 f.

2) Vgl. Schneider, in dubio pro libertate, S. 269, Anm. 28; Roemer, zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, S. 545 ff; v. Hippel, Krise, S. 39.

3) Brauer, Zivilrechtsfall, S. 129; ähnlich auch schon Płoc̨z, die Natur der gesetzlichen Vermutungen, in Festschrift für Wach, Band II, S. 2: "Eine Vermutung trägt als Voraussetzung in sich, dass sie nur gelten soll, bis das Gegenteil bewiesen wird. Die Voraussetzung der Vermutung bildet den Tatbestand einer Rechtsfolge". Auf die im Bereiche des Zivilprozesses herrschende "Sprachverwilderung und Begriffsverwirrung" in der Lehre der Vermutungen kann hier nicht näher eingegangen werden. Vgl. hierzu die Auseinandersetzung bei Rosenberg, Beweislast, S. 199 ff.

Prozessparteien "vernünftig", "notmalgeartet" sind und dass sie deshalb sich beide gleich verhalten werden und jeder alles für sein Obsiegen Erforderliche vorbringen werde und wolle. Das ist die Vermutungsfolge. Die Rechtsordnung fordert, es sei davon auszugehen, dass sich im Prozess vernünftige Partner miteinander auseinandersetzen. Das ist das normative Element der Vermutungsfolge.

Das Postulat ist haltbar, weil die Erfahrung zeigt, dass im Durchschnitt ein solches Verhalten die Regel, und damit die geforderte Ausnahme berechtigt ist. Das ist das empirisch-faktische Element der Vermutungsfolge. Die Vermutung, mit der wir es hier zu tun haben, setzt sich somit aus zwei Elementen zusammen: es handelt sich um eine normativ bestimmte Tatsachenvermutung.

SCHNEIDER 1) sagt, im Zeichen der Freiheitsvermutung verhalte sich jeder "spontan" rechtmässig. Dies gilt sowohl im Sinne einer statistischen als einer normativen Regel. Ein solches Verhalten ist wohl das häufigste und das richtige, ordentliche, das gesunde und natürliche Verhalten 2). Auf dieser komplexen Vermutungsfolge, die sich im Zusammenwirken von normativem und tatsächlichem Element für die Partner eines Prozesses als Aussage mit Wahrscheinlichkeitsgehalt darstellt, ruht die gesamte Struktur des Zivilprozesses. Sicherlich muss diese komplexe, normativ bestimmte Verhaltensvermutung etwa auch für den Strafprozess oder das Verwaltungsstreitverfahren gelten. Während wir aber dort von verschiedenen Prozesssubjekten auszugehen haben, - etwa vom staatlichen Ankläger auf der einen und vom Bürger auf der anderen Seite - müssen wir im Zivilprozess von gleichartigen, gleichwertigen Prozesssubjekten ausgehen. Die Prozesssubjekte aber bestimmen die Vermutungstatbestände aus denen sich die Vermutungsfolgen ergeben.

Für den Zivilprozess heisst das, dass sich nur gleiche Vermutungsfolgen für jeden Prozessbeteiligten ergeben können. Warum sollte auch von dem Kläger etwas anderes vermutet werden, als etwa von dem Beklagten? Das normative Element fordert für gleiche Partner die Annahme gleichen Verhaltens. Kläger wie Beklagter sind gleichwertige und etwa gleichveranlagte Wesen. Jeder will seinen Prozess gewinnen. In Verfahren, in denen sich verschiedene Rechtsträger gegenüberstehen, drängt sich dagegen die

1) Schneider, in *dubio pro libertate*, S. 288.

2) Brauer, *Zivilrechtsfall*, S. 138; der BGH sagt im Urteil vom 24.1.1951, NJW 1951/397: "Tatsächliche Vermutungen beruhen auf der Lebenserfahrung und dem natürlichen Ablauf der Dinge".

Annahme geradezu auf, von beiden auch eine verschiedenartige Verhaltensweise zu vermuten, so dass sich auch hierin Unterschiede ergeben können, auch wenn in manchem ein gleichartiges Verhalten - etwa der Wille, im Prozess alles Günstige vorzubringen - gewusst wird.

- bb) Für den Strafprozess muss die einseitige Zuweisung der Beweislast ebenfalls aus der "Ausgangsvermutung zu Gunsten des Menschen" verstanden werden. Es wird vermutet, dass sich der Mensch in Freiheit rechtmässig verhalten werde. Im Fall des non liquet geht es nur darum, was wahrscheinlicher ist, dass der Angeklagte die Tat begangen hat, oder dass er sie nicht begangen hat. Die Frage, ob der Staat richtig judiziert, spielt keine Rolle. Da wir im Strafprozess von einer gegebenen Beweislastverteilung ausgehen können, die dieses Spannungsverhältnis zu Gunsten des Einzelnen gelöst hat, ist zu fragen, worin diese Lösung letztlich ihren Grund haben mag.

III. DIE NORMATIV BESTIMMTEN VERMUTUNGEN ALS GRUNDLAGEN DES ALLGEMEINEN ERKLÄRUNSPRINZIPES DER BEWEISLASTVERTEILUNG

1. Es wurde festgestellt, dass die Beweislast auf Grund der Werthaftigkeit der Prozesssubjekte verteilt wird. Diese Bewertungen sind in bestimmten "Ausgangsvermutungen" in der Weise komplex mit Tatsachenelementen verbunden, dass jeweils die Vermutungstatbestände dieser Ausgangsvermutungen die Wertnorm in sich begreifen. Die Werthaftigkeit, der Eigenwert der Rechtsträger, ist damit integrierender Bestandteil der Vermutungen. Obgleich der Terminus "Vermutung" im öffentlichen Recht fast durchwegs anerkannt und gebraucht wird 2), ist doch die grundlegende Bedeutung jener Vermutungen nur von wenigen erkannt worden 3). Es erscheint daher erforderlich, die Verbindung des normativen Wertelementes mit dem Tatsachenelement, die in den Ausgangsvermutungen zu Tage tritt, näher zu untersuchen.
2. a) Der Vermutungsbegriff meint nur eine Wahrscheinlichkeit, nicht eine Wahrheit, nicht Gewissheit. Wir haben mit BRAUER 4) den Vermutungsbegriff in einen Vermutungstatbestand, auch Vermutungsbasis genannt, und eine Vermutungsfolge getrennt. Die Wahrscheinlichkeitsannahme enthält nur die
 - 1) Vgl. Schneider, in dubio pro libertate, S. 269; BVerfGE 6/42; Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 1 I S. 10; Dürig in AÖR 79/62. Diese Ausgangsvermutung zu Gunsten des Menschen wird in jedem Prozess, in dem sich Staat oder Hoheitsträger schlechthin und der Einzelne gegenüberstehen, von Bedeutung.
 - 2) Ausgenommen Bachof, in JZ 1957/437 und Reissmüller, in JZ 1959/646.
 - 3) Schneider, in dubio pro libertate, S. 263 ff; Hamann, NJW 1955/969; derselbe in Komm. zum GG, S. 50 f.
 - 4) Brauer, Zivilrechtsfall, S. 129.

Vermutungsfolge, während der Vermutungstatbestand gegeben sein muss, feststehen muss. Es herrscht Gewissheit bezüglich des Normgehaltes, bezüglich der Werthaftigkeit. Dies ist der Vermutungstatbestand. Das faktische Verhalten kann nur in Form einer Vermutung gefasst werden, da es immer in Gestalt einer doppelten Möglichkeit, der Möglichkeit des normgemässen und derjenigen des normwidrigen Verhaltens erscheint.

Hieraus wird klar, dass der Schluss von der Wahrscheinlichkeit auf die Wahrheit nicht gezogen werden kann 1). Hat der Gesetzgeber gehandelt, so spricht vieles dafür, dass er verfassungsmässig tätig geworden ist. Die Annahme ist aber nicht zwingend, das heisst, es ist immer auch eine andere Möglichkeit in Betracht zu ziehen.

- b) Die positive Möglichkeit soll jedoch vermutet werden. Dies ist die Wirkung des normativen Elements der Ausgangsvermutungen. So wird, wie Schneider 2) treffend bemerkt, die eine Möglichkeit favorisiert. Er zeigt die normative Wirkung der Ausgangsvermutungen sehr klar an der Freiheitsvermutung 3) und sagt, unter Rückgriff auf Kants Lehre: "Ob der Mensch frei ist, ist im Sinne theoretischer Erkenntnis unerweislich. Dass er frei sein soll, aber ist gewiss, da ohne dieses Postulat die Bedingung der Möglichkeit theoretischer Erkenntnis nicht gegeben wäre". So erklärt sich das Verhältnis zwischen Sollen und Sein; ob der Mensch so oder so handeln wird, ob er sich normgemäss oder normwidrig verhalten wird, ist ungewiss. Die Norm, die im Bereich des Sollens ein bestimmtes Verhalten fordert, verlangt im Seinsbereich, dass davon ausgegangen wird, der Mensch werde sich normgemäss verhalten.

Dies ist der Gehalt der normativ bestimmten Vermutung.

Zugleich gilt aber die nach dem genannten Postulat gesollte Möglichkeit auch als die wahrscheinlichere, als die normale, an der wir uns zu orientieren haben. Das Gesollte steht insoweit in enger Verbindung mit der Wahrscheinlichkeit, mit der Erfahrung, mit dem empirischen geschichtlichen Wissen um die Wahrscheinlichkeit eines Verhaltens. Vermutungen lösen keine Zweifel; aber sie werden nur im Fall des non liquet bedeutsam. Mit Hilfe der einen "favorisierten" Möglichkeit lässt sich der Zweifel, der zwischen beiden möglichen Lösungen besteht, umgehen. Hier erweist sich auch der Zugang zu der Verbindung mit den Beweislastnormen, die ebenfalls nur im Fall des Zweifels Bedeutung erlangen.

1) Vgl. Finer, der moderne Staat. S. 1; Schneider, in dubio pro libertate, S. 268 ff.

2) Schneider, a. a. O. S. 265.

3) Schneider in DÖV 1961/853 ff. wo er Leitsätze zu den "Prinzipien der Verfassungsauslegung" aufstellt. (Bericht über einen Vortrag auf der Staatsrechtslehrertagung in Freiburg i. Br. vom 4. - 7. Okt. 1961).

- c) Die vorerwähnten "Ausgangsvermutungen" sind so beschaffen, dass sie in ihrem Vermutungstatbestand von Grundnormen bestimmt sind, von den konstanten Forderungen und Formen sittlicher Werte 1), - die den Eigenwert der Rechtsträger bestimmen - und in ihrer Vermutungsfolge eine gewisse Beständigkeit, weil Wahrscheinlichkeit der sozialen Beziehungen begreifen. Innerhalb der Vermutungsfolge tritt das vom Vermutungstatbestand, von der Grundnorm her bestimmte, normative Element hinzu. Sie sind keine reinen Tatsachenvermutungen. Sie schaffen die Verbindung der Grundnormen mit dem sozial Wahrscheinlichen, Erfahrenen durch das normative Element in der Form, dass sie konfliktlösend wirken, dass sie für den Fall des Zweifels, des non liquet, Entscheidungsregeln bilden.

Die normative Bestimmung der Verhaltenswahrscheinlichkeiten, also der Tatsachenvermutungen, wird aus den Rechtsträgern, aus dem Menschen selbst abgeleitet. Wenn ein Postulat als gesollt vom Menschen erkannt wird, so ist damit notwendig sein Bemühen verbunden, das Gesollte zu tun 2). Deshalb muss vermutet werden, dass er sich stets nach dem Gesollten verhalten wird, also normgemäss. Die Norm wird also hier nicht als etwas

1) Coing, oberste Grundsätze, S. 54 f.

2) Bemerkenswert in diesem Zusammenhang erscheinen Nicolai Hartmanns Darlegungen in "Das Problem des geistigen Seins" (S. 124 - 174): Der Mensch ist herausgefordert zur Tat, zur Stellung, zur Haltung. In emotional transzendenten Akten erfährt er die Welt und nimmt zu ihr Stellung und wird aktiv im Wollen, Streben und Handeln. Vgl. auch in der "Ethik", S. 512, wo Hartmann feststellt, dass der Mensch nicht bewusst auf den eigenen Persönlichkeitswert hinstrebt, sondern dass die Grundform aller sittlichen Einstellung das Gerichtetsein nach aussen, auf fremde Personen, auf Sachverhaltenswerte sei. Dies erscheint auch im Sinne unserer Meinung verständlich, der Mensch werde immer danach streben, das von ihm als Norm Erkannte - auch wenn, und gerade wenn die Norm ausserhalb seines Persönlichkeitswertes liegend gedacht wird - zu verwirklichen.

Vgl. hierzu auch Roemer, zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, S. 555 f. Zutreffend auch die Meinung Gehlens, (Der Mensch. Seine Natur und seine Stellung in der Welt, S. 408): "Die konkrete Orientierung der Interessen, Dauerantriebe, Gesinnungen usw., die in einem Haltungsgefüge endet, ist sehr offensichtlich von dem abhängig, was in einer sozialen Ordnung jeweils gefordert, nahegelegt oder verkündet wird" Damit verweist Gehlen ebenfalls auf die Verbindung zwischen dem als Gesollt Erkannten und dem natürlichen Streben danach, das Gesollte immer zu verwirklichen. Auf diese interessanten Fragen kann im Rahmen der vorliegenden Arbeit jedoch nicht näher eingegangen werden.

ausserhalb des Menschen Existierendes angesehen, sondern: dass er etwas als Gesollt erkennt, dass er sich bestimmte Normen setzt, macht seinen Eigenwert, seine Personwürde aus. Die Normbestimmung der Verhaltenswahrscheinlichkeit ist also mit dem spezifischen Eigenwert der Rechtsträger verbunden. Hieraus werden die normativ bestimmten Vermutungen verstanden und so erklärt sich auch die Verbindung der Werthaftigkeit der Rechtssubjekte mit den Vermutungstatbeständen der "Ausgangsvermutungen".

Die Überlegungsreihe ergibt somit folgendes: Ändert sich das Eigenwertverhältnis zwischen Individuum und Staat, so vollzieht sich auch im Bereich des Tatsächlichen eine Wandlung. War etwa im Zeichen des monarchischen Prinzips der Untertanenstatus des Einzelnen die Regel, so wird unter der Herrschaft des demokratischen Prinzips der Staat zum Diener, zum Zweckmittel der Einzelnen 1). Da das Verhältnis der Rechtsträger zueinander - der Bereich der Norm - sowie das, was auf tatsächlichem Gebiet als empirische Wahrscheinlichkeit galt - der Bereich der Tatsachen - sich verändert haben, sind auch die Ausgangsvermutungen andere und damit notwendig auch die aus ihnen im Fall des non liquet zu bildenden Entscheidungsregeln.

Man könnte also von normativ bestimmten und zugleich normativ wirkenden Vermutungen sprechen. Denn die Möglichkeit aus den Ausgangsvermutungen Entscheidungsregeln zu bilden, erweist sich ihrerseits wieder als normative Wirkung 2). Diese Möglichkeit wird jedoch erst gegeben, wenn auch auf dem Gebiet des Tatsächlichen eine gewisse Beständigkeit, Wahrscheinlichkeit angenommen werden kann 3). Diese Wahrscheinlichkeit enthalten die Vermutungsfolgen der Ausgangsvermutungen. Dies ist auch der Grund, warum der Terminus Vermutung hier erforderlich erschien. Erst die Konfrontierung der Grundnorm mit dem Faktischen, des Eigenwertes der Rechtsträger mit ihrem Verhalten, - wobei die Grundnorm, der Eigenwert nicht vermutet wird, sondern feststeht - ergibt die Entscheidungsregeln 4).

1) Vgl. Schneider, in dubio pro libertate, S. 263 mit Anm. 2 und 3.

2) Hierbei würde "normativ" aber nicht im ursprünglichen Sinne eine Sollensnorm im Verhältnis zum Sein, zur Wirklichkeit bedeuten, sondern eine positive Gesetzesnorm, die ihrerseits ein bestimmtes Sollen fordert.

3) Vgl. Coing, oberste Grundsätze, S. 54, der feststellt, dass sich die Möglichkeit, mit Hilfe der inneren Gesetzlichkeit der sittlichen Werte bestimmte Rechtsgrundsätze abzuleiten nur deshalb ergebe, "weil sich im sozialen Leben" bestimmte Grundsituationen immer wieder herstellen".

4) Schneider, in dubio pro libertate, S. 270: "Dass der Mensch frei sein soll, wird nicht vermutet. Dieses Postulat gilt, weil der Mensch es als ein Gesolltes erkannt hat". Vgl. auch Schneider in DÖV 1961/853.

- aa) Die Entscheidung im Fall des non liquet ist mit dieser Erkenntnis jedoch noch nicht gelöst. Trägt eine Partei deshalb das Prozessrisiko, weil für ihren Gegner eine stärkere Vermutung streitet, oder deshalb, weil sie von einem anderen, geringeren Eigenwert bestimmt wird? Für den Strafprozess ist also zunächst zu fragen: Spricht die gleiche Wahrscheinlichkeit dafür, dass der Angeklagte die Tat begangen hat, wie dafür, dass er sie nicht begangen hat. Kann etwa bereits aus einer unterschiedlichen "Vermutungsintensität" im Bereich der Tatsachen die Beweislastverteilung im Strafverfahren verstanden werden? Kann aus der Konfrontierung der allgemeinen Rechtmässigkeitsvermutung und der Vermutung, der Staat werde nur genau umgrenzte Rechtsverletzungen unter Strafe stellen, ein Ergebnis für die Beweislast hergeleitet werden?

Die Vermutung, der Staat werde nur echte Rechtsverletzungen unter Strafe stellen, also nicht willkürlich Strafdrohungen aussprechen, erscheint von vorne herein fraglich. Kann überhaupt von einer solchen Vermutung gesprochen werden? Muss nicht vielmehr davon ausgegangen werden, dass der Staat als der Machttträger seine Macht gegenüber dem Einzelnen missbrauchen wird und ist nicht deshalb besser von einem grundsätzlichen Misstrauen gegenüber dem Staat auszugehen 1)? Hier erweist sich der Unterschied von Potestas und Auctoritas und damit auch die Bedeutung der Zuständigkeitsordnung 2). Die Vermutung, der Staat werde als Gesetzgeber nur genau umschriebene Rechtsverletzungen sanktionieren, beruht letztlich auf Vertrauen in den Staat 3).

Der sittliche Wert des Vertrauens konstituiert sich jedoch nur unter einer ganz bestimmten Voraussetzung, nämlich nur dann, wenn der Staat vertrau-

-
- 1) Hamann, in NJW, 1959/1467; ähnlich Arndt, das nicht erfüllte Grundgesetz, S. 10; derselbe in BB 1959/533 ff; eingehend auch Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 20 IV 5 b, Randziffer 63; vgl. auch Schneider, AÖR 43/11 Anm. 48, der darauf hinweist, dass die bedingungslose Gläubigkeit an die Omnipotenz des Staates schlecht zu dem das rechtsstaatliche Denken bestimmenden "relativen Rationalismus" passe. Es könne deshalb heute nicht um eine Reaktivierung solcher Gläubigkeit gehen. Es gehe vielmehr darum, ihr Gegenstück, einen absoluten Skeptizismus, durch eine kritische Vertrauenshaltung zu ersetzen.
- 2) Schneider, in dubio pro libertate, S. 270 f.
- 3) Diese Vermutung ist ihrem Charakter nach eine Art Rechtmässigkeitsvermutung und daher vergleichbar mit Rechtmässigkeitsvermutungen von Verwaltungsakten oder mit der Vermutung, dass Akte des Gesetzgebers auch verfassungsmässig sind. Man muss sie wohl als einen Unterfall der Verfassungsmässigkeit gesetzgeberischer Akte bezeichnen.

enswürdig ist, wenn er als zuverlässig angesehen werden darf 1). Dies ist nur im Zeichen der auctoritas möglich, nicht im Bereich der potestas 2). Der potestas als der herrschaftlichen Machtbefugnis entspricht auf der Seite der Gewaltunterworfenen nur der Gewaltunterworfenen nur der Gehorsam und hinter den Befehlen und Anordnungen der Behörden steht ausschliesslich Zwang. Wo dagegen die auctoritas vorherrscht - keine auctoritas ohne potestas - ist Unterordnung mehr ein freiwilliges Einordnen in Forderungen, "die wegen der moralischen Qualität der Persönlichkeit von der sie ausgehen, und wegen der dadurch verbürgten sachlichen Begründetheit oder Weisheit nicht als eine lästige Beschränkung der Freiheit empfunden werden" 3). Beruhte die Staatsgewalt nur auf potestas, auf Zwang, so wäre in der Tat eine Rechtmässigkeitsvermutung von Staatsakten nicht denkbar und es müsste von einem grundsätzlichen Misstrauen gegen den Staat ausgegangen werden 4).

Es kann also gesagt werden: steht ein Staat im Zeichen der auctoritas und nicht nur im Zeichen des "Autoritären", so ist ihm Vertrauen entgegenzubringen und auch die Vermutung, dass ein solcher Staat nur eine wirkliche Verletzung der Gemeinschaftsordnung betrafen wird, erscheint gerechtfertigt 5).

- 1) Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, S. 79, 49. Dort wird gesagt: "Für die Vermutung der Rechtmässigkeit ist nur da Raum, wo die Autorität des Staates anerkannt wird". Voraussetzung einer Rechtmässigkeitsvermutung und ähnlicher Vermutungen zu Gunsten der Staatsgewalt ist in der Tat die Anerkennung der Staatsautorität. Wo der Staat als reine Ordnungsfunktion gesehen wird, kann eine Rechtmässigkeitsvermutung keinen Sinn haben. Ähnlich Forsthoff, Verwaltungsrecht, 8. Aufl. S. 206 ff.
- 2) Vgl. Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, S. 49 ff; Wolff, Verwaltungsrecht I, 4. Aufl. S. 262; Forsthoff, a. a. O. S. 206; O. Mayer, Verwaltungsrecht, Band 1, S. 95; Imboden, der nichtige Staatsakt, S. 73.
- 3) Kaufmann, Autorität und Freiheit, S. 481.
- 4) Schneider, a. a. O. S. 270 sagt zutreffend, dass im Zeichen des monarchischen Prinzips die Vermutung zu Gunsten des Monarchen ohne die Annahme nicht denkbar sei, dass der Monarch aller Wahrscheinlichkeit nach im Interesse aller handeln werde oder gehandelt habe. Interessant in diesem Zusammenhang erscheint die Bemerkung Schultzensteins, (Zur Rechtmässigkeit polizeilicher Verfügungen und zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren in JW 1917/257, 327, 433), wo die Zuweisung der Beweislast an den Staatsbürger im Fall einer Anfechtungsklage gegen eine Polizeiverfügung kritisiert wird und gesagt wird, eine solche Umkehrung der Beweislast zu Gunsten der Polizeibehörde sei unzulässig, weil es weder eine rechtliche noch eine aus der Lebenserfahrung fließende tatsächliche Vermutung dafür gebe, dass die Polizeibehörde im Zweifel von einem wirklich gegebenen Sachverhalt ausgegangen sei.
- 5) Stratenwerth, a. a. O. Bezeichnet die "Autorität der weisungsberechtigten Stelle" als die eigentliche Grundlage der Rechtmässigkeitsvermutung.

- bb) Dass Autorität des Staates nach dem Grundgesetz anerkannt und gefordert wird, steht ausser Zweifel. Art. 1 und 20 GG umschreiben die freiheitlich demokratische Grundordnung. Sie ist unabänderlich und gehört zum Kern unserer Verfassung. Sie garantiert und verwirklicht die Werte, "die der Legalität (sachlich) voraufgehen, und damit die staatliche Autorität allererst legitimieren" 1). Also: der Staatsakt ist Hoheitsakt. Auf der Staatsautorität beruht er dann, wenn er mit den Grundsätzen übereinstimmt, die im Grundgesetz festgelegte Hoheitsgewalt anerkennen und fordern 2). Der aus der Staatsmacht allein hervorgehende Staatsakt ist zwar auch Hoheitsakt, beruht aber nicht auf Autorität. Staatsautorität wird in diesem Fall nicht vermutet. Der im Grundgesetz nach dem Gewaltenteilungsgrundsatz entworfene Rechts- und Sozialstaat ist Autorität, dieser Staat würde tatsächlich immer dem gemeinen Wohl unter Wahrung der individuellen Freiheiten dienen, wenn von einer Identität von Sollen und Sein die Rede sein könnte. Deshalb und nur deshalb wird von dem wirklichen Staat 3) ein Handeln vermutet, das auf auctoritas beruht.

Im Zeichen des parlamentarischen Prinzips wird der Behördenapparat und das Parlament aller Wahrscheinlichkeit nach dem gemeinen Wohl dienen. Von einer Vermutung muss hier deshalb gesprochen werden, da nie mit Sicherheit gesagt werden kann, ob der "wirkliche" Staat schon oder noch mit dem im Grundgesetz entworfenen Staat übereinstimmt, ob er tatsächlich immer dem rechtsstaatlichen Prinzip entspricht. Ob er Rechtsstaat ist oder nicht, kann theoretisch nicht mit Sicherheit gesagt werden. Dass er es sein soll aber ist gewiss. Auch die Möglichkeit des Machtmissbrauchs oder der willkürlichen Strafdrohungen kann und muss aber gedacht werden. Die Bedeutung der reinen Zuständigkeitsvermutung tritt insoweit in den Hintergrund, als hier von auctoritas gesprochen wird und auctoritas ja nur da entstehen oder bestehen kann, wo die entsprechende Behörde zuständig handelt. "Die Kompetenz beglaubigt die ... Autorität, insofern sie gerade die Qualifikation zur sachgerechten Entscheidung gewährleistet 4). Also: ob der "wirkliche" Staat immer nach den Grundsätzen des Grundgesetzes gehandelt hat oder handeln wird, kann nicht mit Sicherheit gesagt werden.

-
- 1) Stratenwerth, a. a. O. S. 69; vgl. auch Friesenhahn, Staatsrechtslehrer und Verfassung, S. 36 und 29.
- 2) Schneider, in *dubio pro libertate*, S. 272 sagt zutreffend: "Die Rechtmässigkeit staatlichen Handelns ist zu vermuten, wenn die Einheit von Struktur und Funktion gegeben ist; ders. in AÖR S. 22.
- 3) Gemeint ist hier der nach den Verfassungsgrundsätzen des Grundgesetzes aufgebaute Staatsapparat im Gegensatz zu der theoretischen Grundlegung der Staatsprinzipien in der Verfassung.
- 4) Stratenwerth, a. a. O.; vgl. Schneider, a. a. O. S. 272.

Weil er sich aber nach den Verfassungsgrundsätzen konstituiert hat und sich zur Aufgabe gemacht hat, diese Grundsätze zu wahren und zu schützen, wird seine Übereinstimmung mit dem im Grundgesetz aufgezeichneten, gewissermassen "idealen" Staat vermutet; seine auctoritas wird vermutet. In dieser Vermutung zu Gunsten des Staates sind Zuständigkeits-Rechtmässigkeits- und Verfassungsmässigkeitsvermutungen eingeschlossen. Der Auctoritasbegriff knüpft so an eine bestimmte Zuständigkeitsordnung und bestimmte Verfahren der Willensbildung an. Bei Akten die im Rahmen dieser Ordnung erlassen worden sind, kann und darf vermutet werden, dass sie rechtens sind und zwar: formell und materiell. Fraglich bleibt nur, ob die Zuständigkeitsordnung im einzelnen Fall eingehalten wird oder nicht.

Autorität erlaubt die Vermutung materiell richtigen Verhaltens des Staatsorgans; sie selbst aber beruht auf der Vermutung, dass die Zuständigkeitsordnung im Sinn der Rechtsstaatlichkeit gewahrt wurde.

Die Frage lässt sich auf die einfache Formel bringen: der im Grundgesetz gezeichnete Staat ist Autorität. Vom wirklichen Staat wird also vermutet, dass er im Zeichen dieser Autorität steht 1). Und von diesem Staat kann und muss aber auch vermutet werden, dass er in Strafgesetzen nur genau umgrenzte Rechtsverletzungen mit Strafe bedroht und nicht willkürlich bestraft; dass er nicht willkürlich seine Machtposition missbrauchen werde. Dies kann und muss mit dem gleichen Wahrscheinlichkeitsgrad gesagt werden, den die "Ausgangsvermutung zu Gunsten des Menschen" enthält. Es herrscht keine unterschiedliche "Vermutungsintensität". Für die gegebene Beweislastverteilung im Strafprozess muss also festgehalten werden; obwohl eine Vermutung in gleicher Weise dafür spricht, dass sich der Mensch in Freiheit rechtmässig verhalten werde, wie dafür, dass der Staat nicht willkürlich Handlungen von Bürgern unter Strafe stellt; dass die Entscheidungsregel zu Gunsten des Einzelnen gebildet wurde, kann seinen Grund nur in einer verschiedenen Werthaftigkeit, einem ungleichen Wertinhalt der Vermutungstatbestände, in einer Verschiedenheit der Grundnormen haben. Denn für die Vermutungsfolgen spricht jeweils die gleiche, auf Erfahrung beruhende Wahrscheinlichkeit 2). Oder anders ausgedrückt: die Entscheidungsregel bildet sich auf Grund einer normativ bestimmten Vermutung des-

1) Gemeint ist, dass also die jeweils zuständige Behörde handelt, dass das Gewaltenteilungsprinzip gewahrt wird, dass der Grundsatz der Gesetzmässigkeit der Verwaltung beachtet wird usw.

2) Im Bereich des Tatsächlichen kann eine Verschiedenheit nicht erkannt werden: der Grad der Wahrscheinlichkeit ist auf beiden Seiten der selbe. Die Spannung nicht aus einer grösseren Wahrscheinlichkeit des einen Verhaltens gegen-
am anderen gelöst werden.

halb in der gegebenen Form, weil - unter Voraussetzung der Vermutungsfolge, also des Tatsachelementes der Verhaltenswahrscheinlichkeit - in der den Vermutungstatbestand bestimmenden Grundnorm eine höhere Werthaftigkeit der Freiheit des Einzelnen liegt. Dieses Wertverhältnis wird durch die Verfassung bestimmt. Im Strafprozess wird die Freiheit des Einzelnen höher bewertet als der Strafanspruch des Staates. Die Freiheitsvermutung bewirkt, dass der Staatsanwalt die volle Beweislast zu tragen hat, aus ihr folgt die Entscheidungsregel der *Maxime in dubio pro reo*.

d) Die aus den Ausgangsvermutungen folgenden, allgemeinen Entscheidungsregeln kommen nur dann zur Anwendung, wenn andere, speziellere mangels genügender Aufklärung nicht angewandt werden können, oder wenn solche nicht existieren. Das heisst: ist der Nachweis einer speziellen Beweislastverteilungsnorm nicht zweifelsfrei erfolgt und ist eine Überzeugung des Gerichts nicht zustande gekommen, so ist die aus den normativ bestimmten Ausgangsvermutungen gebildete *lex generalis* anzuwenden und so der Fall des *non liquet* zu entscheiden.

3. Die Entwicklungsreihe ergibt somit folgendes: es wird von der Werthhaftigkeit der Rechtssubjekte ausgegangen, von dem in Freiheit lebenden Einzelmenschen, von einem Staat, der unter der Herrschaft des bundesstaatlichen Prinzips steht, oder von einem solchen, der vom monarchischen Prinzip bestimmt wird, usw. Die empirisch erfassbare, erforschte Verhaltenswahrscheinlichkeit der Rechtssubjekte kann in Form von Tatsachenvermutungen gefasst werden. Da sich diese Tatsachenvermutungen auf die Rechtssubjekte beziehen, sind sie mit deren Werthhaftigkeit notwendig verbunden. Die Werthhaftigkeit der Rechtssubjekte ist dabei von der Entscheidung der jeweiligen Verfassung in Bezug auf das Verhältnis Staat - Einzelner und auf das Verhältnis der Einzelnen untereinander, abhängig. Das Erklärungsprinzip ist im Verfassungsrecht verankert und ist als *lex generalis* in jedem Falle in dem keine *lex specialis* zur Verfügung steht, heranzuziehen. Dieses Verhältnis erscheint als normativ, und wir fassen die Verbindung mit dem Tatsachenbereich unter dem Begriff der normativ bestimmten Vermutung zusammen.

Treten zwei Rechtssubjekte in das Stadium des Prozesses, des Streitverfahrens, und verbleibt in diesem Streitverfahren ein Zweifel auf tatsächlichem Gebiet, ein *non liquet*, so gewinnen die normativ bestimmten Vermutungen Bedeutung. Sie haben insoweit konfliktlösende Kraft. Damit wird ihre Bedeutung für die Beweislast erkenntlich: die Verteilung der Beweislast muss sich aus dem Verhältnis der beiden normativ bestimmten Ausgangsvermutungen, die für jeden Streitteil, für jede Partei gelten, bestimmen lassen. Dass dies der Fall ist, wurde für den Zivilprozess und den Strafprozess, wo von einer gegebenen Verteilung ausgegangen werden konnte, bereits angedeutet. Es ist damit ein allgemeines

Erklärungsprinzip der Beweislast gewonnen. Deppe 1) erklärt die "letzte Rechtfertigung" der Beweislast aus dem "Rechtsprinzip". Dabei versteht er mit Wolff 2) unter dem Rechtsprinzip das Gebot, "auf die Verfolgung eigener Interessen insoweit zu verzichten, als dadurch die Befriedigung objektiv wertvoller Interessen anderer Menschen vereitelt würde". Was die objektiv wertvolleren Interessen aber seien, bestimme der Gesetzgeber in der "Form des Rechtssatzes". Danach bestimme sich letztlich dann die Beweislastverteilung. Nach diesem Prinzip müsste also im konkreten Fall jeweils der Träger des im anzuwendenden Rechtssatz als geringer bewerteten Interesses die Beweislast tragen. Nach Wolff vollzieht sich die Güterabwägung also auf der Gesetzesstufe. Dies kann nicht richtig sein, auf das Wertverhältnis innerhalb des einzelnen Rechtssatzes kann es im Fall des non liquet nicht ankommen. Dies mag für den Zivilprozess, im Bereich der Gleichordnung, richtig erscheinen. Im Prozess, in dem sich Staat und Einzelner gegenüberstehen ist das Wertverhältnis unabhängig vom konkreten Rechtssatz bereits in der Verfassung festgelegt. Das Erklärungsprinzip wird aus dem Verfassungsrecht gewonnen. Dieses Wertverhältnis ist allein massgebend. Deppe müsste nach seinem Erklärungsprinzip dazu kommen, dass etwa bei polizeilichen Eingriffen, wo der konkrete Rechtssatz also meistens eine Höherwertigkeit des Interesses der Allgemeinheit ausspricht, der Bürger, der Einzelne das Prozessrisiko zu tragen hat. Ähnliche Fälle ergäben sich etwa im Baurecht und Gewerberecht. Der Zusammenhang mit dem von Deppe 3) vorgeschlagenen Verteilungsprinzip und dem "Rechtsprinzip" als Grundlage der Beweislastverteilung wird insofern nicht ganz deutlich.

4. Nocheinmal: Das allgemeine Erklärungsprinzip der Beweislast ist das Wertverhältnis der Prozesssubjekte. In den von diesem Verhältnis bestimmten, normativen Ausgangsvermutungen vollzieht sich die Verbindung zwischen Normenelement und Faktenelement. Im Fall des non liquet löst sich das Spannungsverhältnis zwischen normativ bestimmten Vermutungen aus der Wertrelation. So können aus diesem Erklärungsprinzip allgemeine Beweislastverteilungsregeln für jede Prozessart abgeleitet werden.

- a) Für den Zivilprozess wird die Ausgangsvermutung, dass jeder vernünftige Mensch zwar jeweils das für ihn günstigste und erforderliche unternehmen wird, jedoch dabei immer von der Wahrheit ausgeht, von der dem Menschen eigenen Werthaftigkeit bestimmt 4). Da sich zwei Menschen, zwei gleiche

1) Deppe, Beweislast, S. 22 f.

2) Wolff, Verwaltungsrecht I, § 24 II a 1.

3) Deppe, Beweislast, S. 31.

4) Gewissermassen also das egoistische Prinzip im Menschen, ein Ausfluss wohl des Selbsterhaltungstriebes und des Triebes, zumindest den gegenwärtigen status quo zu erhalten.

Rechtssubjekte mit derselben Werthaftigkeit im Prozess gegenüberstehen und auch die Wahrscheinlichkeitsannahme der Vermutungsfolge für beide in gleicher Weise streitet, kann eine Regel für den Fall des non liquet nur bestimmen, dass jeder die für sein Vorbringen grundlegenden Tatsachen zu beweisen hat. In welchem Prozesstadium das non liquet eintritt, entweder, wenn gerade der Angreifer den Beweis seiner Tatsachen zu führen hätte, oder der sich Verteidigende, ist für das Verteilungsprinzip belanglos. Die gegebene Verteilung des Zivilprozesses stimmt also voll mit dem aufgestellten Erklärungsprinzip überein.

- b) Im Strafprozess streiten verschiedene Ausgangsvermutungen. Für den Angeklagten spricht die Vermutung, dass sich ein Mensch in Freiheit aller Wahrscheinlichkeit nach "spontan" rechtmässig verhalten wird 1), der Vermutungstatbestand wird bestimmt von dem Eigenwert des in Freiheit lebenden

1) Vgl. die interessante Anmerkung bei Schneider, a. a. O., S. 269 Anm. 28 und 29. Schneider weist hier mit Recht darauf hin, dass die "Tatsachenforschung leicht durch uneingestandene Wünsche und Befürchtungen, Sentiments und Resentiments bestimmt werden kann". In der Tat muss bei der Verwertung der Ergebnisse moderner Massenpsychologie einige Vorsicht angewandt werden. Denn meist werden hier nur gewisse Anzeichen, Symptome, zur Grundlage schwerwiegender Aussagen und Folgerungen gemacht. Oft wird hier eine vorgefasste Meinung oder Theorie durch Repräsentativuntersuchungen zu belegen versucht, die eine allgemeine Aussage gar nicht zulassen. Vgl. übereinstimmend den Beitrag von Roemer, zum Grundrecht der freien Entfaltung der Persönlichkeit, insbes. S. 555 ff.

Eindrucksvoll ist auch das Beispiel Süsterhenns in: Subsidiaritätsprinzip, S. 417: in den dreissiger Jahren des vorigen Jahrhunderts zog jeder zehnte Student der Universität München freiwillig aus, um für die Befreiung Griechenlands vom türkischen Joch zu kämpfen. Bei der Gedenkfeier im Jahre 1955 zum 17. Juni, also einem Gedenktag der Freiheit, an dem sich die deutschen Arbeiter in der Ostzone gegen das kommunistische Terrorregime aufgelehnt haben, waren von 15 000 Studenten der Universität München nur insgesamt 80 anwesend. Eine grosse Zahl von Folgerungen könnte hieraus gezogen werden, sicherlich. Aber man wird mit Sicherheit nicht sagen können, dass kein Interesse mehr an der Freiheit besteht. Die Vielzahl der aus diesem Beispiel zu gewinnenden Aussagen lässt deutlich erkennen, wie sehr es hier darauf ankommt, echte Meinungs- und Verhaltensforschung von unbegründeten, erwünschten oder unerwünschten Werturteilen abzusondern. Vgl. auch die Unterstellungen die Werner Weber in: Spannungen und Kräfte im westdeutschen Verfassungssystem, Stuttgart 1951, in Bezug auf die Verfassungswirklichkeit macht und die von Schneider in AÖR 43/26 mit Recht an die Grenze der "politischen Mythologie" gerückt werden.

Einzelnen. Für den Staat spricht die Vermutung, er werde nur genau umschriebene Rechtsverletzungen unter Strafe stellen; der Vermutungstatbestand wird bestimmt von dem Eigenwert der Rechtssicherheit und Rechtsdurchsetzung gewährleistenden Staates. Das Spannungsverhältnis muss im Fall des *non liquet* gelöst werden: in dubio pro reo sagt letztlich nichts anderes, als dass die Werthaftigkeit des in Freiheit lebenden Einzelnen vor dem Wert der Sicherheit und Rechtsdurchsetzung im Staat privilegiert wird. Das Wertverhältnis wird zu Gunsten des Einzelnen entschieden 1). Auch für den Strafprozess lässt sich demnach die bestehende Regel in dubio pro reo klar aus dem Erklärungsprinzip, das gewonnen wurde, ableiten.

5. Das Erklärungsprinzip ist also für alle Verfahren gleich, es gelten nur für die verschiedenen Verfahren verschiedene Grundnormen und Ausgangsvermutungen, oder besser: die Vermutungstatbestände der Ausgangsvermutungen werden für jedes Verfahren von dem Eigenwert der jeweiligen Prozesssubjekte bestimmt. Hier erweist sich auch die ausserordentliche Bedeutung der Ausgangsvermutungen, die gewöhnlich nicht beachtet oder doch als selbstverständlich angesehen werden: wenn es auch wenig wahrscheinlich sein mag, dass sich der in Freiheit lebende Mensch normalerweise nicht mehr gesetzestreu verhalten wird, so ist es jedenfalls denkbar. Was heute als wahrscheinliches, zu vermutendes Verhalten angenommen werden darf, kann morgen in Frage gestellt sein. Dann aber könnte eine Ausgangsvermutung zu Gunsten des Menschen auch nicht in der oben gegebenen Form angenommen werden, der Satz in dubio pro reo etwa wäre nicht verständlich; denn warum sollte dann noch der Einzelne vor dem Strafanspruch des Staates favorisiert werden 2). Dies zeigt sich insbesondere dann, wenn die Geschichte des Strafprozesses betrachtet wird. Zwar stammt der Satz in dubio reo in seinen Ansätzen bereits aus dem römischen Recht, doch ging er im gemeinen Recht verloren 3). Die Grundnormen waren andere, die Ausgangsvermutungen mussten daher anderer Art sein. In diesen Zeiten wurde kein spontanes Rechtmässigkeitsverhalten jedes Menschen vermutet. Die Verfassungen prägten die Wertrelation zwischen Hoheitsgewalt und Einzelindividuum in anderer Weise. Erst durch die Aufklärung wurde dann die Freiheit wieder als Grundnorm anerkannt, die Ausgangsvermutung, dass sich der Mensch in

1) Diese Entscheidung wird, wie schon gesagt, letztlich in der geltenden Verfassung getroffen.

2) Vgl. Schneider, DÖV 61/853 ff: "Könnte mit Gewissheit gesagt werden, dass sich der empirische Mensch wider das Sittengesetz verhalte, so müsste die Staatskonstruktion von Hobbes als Postulat der praktischen Vernunft gelten".

3) Kern, Strafprozessrecht, S. 58 f; vgl. auch Bauhofer, wer vor Gericht gestellt wird, muss freigesprochen oder verurteilt werden, in Festschrift für H. F. Pfenniger, S. 15 ff.

Freiheit rechtmässig verhalten werde, bekam Gültigkeit, wurde grundlegend und so gestaltete sich das Verhältnis zwischen Staat und Einzelnen langsam um. Es wurde eine Vermutung der "Unschuld" geprägt und sogar in der Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte aufgenommen 1). Dies ist nur aus der Ausgangsvermutung zu Gunsten des Menschen zu verstehen.

Das gleiche gilt für den Zivilprozess. Warum sollten nicht durch irgendwie geartete Entwicklungen die Menschen dahin gelangen, nicht alles für sie Günstige in einem Prozess vorzutragen: sicherlich, eine solche Entwicklung ist nicht wahrscheinlich; aber immerhin sind doch Geschehens- und Tatsachenveränderungen, Änderungen der Staatsidee, denkbar, die die genannten Ausgangsvermutungen in Frage stellen. Dann aber wären auch die heute geltenden Beweislastverteilungsregeln des Zivil- und Strafprozesses unzutreffend.

In der Tat kommt den normativ wirkenden Ausgangsvermutungen im Zusammenhang mit ihrer Bestimmung durch die Grundnormen, die Grundwerte, - und nicht nur im Hinblick auf die generellen Beweislastverteilungsregeln - grundlegende Bedeutung zu. Das Recht dient dem Zusammenleben von Menschen. Es kann nicht abstrakte, nur durch objektive Rechtswerte bestimmte Regeln aufstellen, sondern es muss der Verhaltensweise der Menschen Rechnung tragen. Auf Grund der Unbestimmtheit und Unbestimmbarkeit menschlichen Handelns kann das Recht nicht an tatsächlichen Gewissheiten, sondern nur an Wahrscheinlichkeiten, an Vermutungen orientiert werden. Dass diese Vermutungen wirklichen Wahrscheinlichkeitsgehalt haben, ist dabei Grundvoraussetzung.

IV. DAS VERTEILUNGSPRINZIP

1. Haben wir das Erklärungsprinzip der Beweislast aus den normativ bestimmten Ausgangsvermutungen erkannt, so ist nun nach den jeweiligen Verteilungsprinzipien zu fragen. Sie sind nichts anderes als die aus den normativen Vermutungen gebildeten Entscheidungsregeln. Aus der Gleichbewertung der Grundnormen im Zusammenhang mit den gleichartigen Tatsachenvermutungen, dass jeder im Prozess sich gleich verhalten werde, folgt zwingend die allgemeine Beweislastverteilungsregel für den Zivilprozess, dass jeder die Voraussetzungen der für ihn günstigen Normen zu beweisen habe. Für den Strafprozess folgt das allgemeine Verteilungsprinzip aus den Vermutungen, der Staat werde nur einen Schuldigen bestrafen und der Einzelne werde sich rechtmässig verhalten, im Zusammenhang mit der höheren Bewertung der Freiheit des Einzelnen.

1) Ähnlich heisst es in der Genfer Menschenrechtskonvention vom 4. Nov. 1950 in Art. 6 II: "Bis zum gesetzlichen Nachweis seiner Schuld wird vermutet, dass der wegen einer strafbaren Handlung Angeklagte unschuldig ist".

2. Dies zeigt, dass für jeden Prozess, in dem verschiedene Ausgangsvermutungen gelten, verschiedene Rechtssubjekte die Ausgangsvermutungen bestimmen, die Entscheidungsregeln, die Verteilungsprinzipien der Beweislast verschieden sein müssen. Ein allgemeines Verteilungsprinzip der Beweislast, das für alle Prozessarten gelten würde, gibt es nicht.
- Bevor aber das gewonnene Erklärungsprinzip zur Ableitung des Verteilungsprinzips im Verwaltungsprozess herangezogen wird, sollen der Vollständigkeit halber noch die Erkennungsformen der Beweislastregeln aufgezeigt werden.

3. Kapitel: Die Erscheinungsformen der Beweislastregeln

I. DIE ALLGEMEINEN BEWEISLASTREGELN

1. Beweislastregeln werden in einem Prozess erst nach den tatsächlichen Feststellungen, nach der Beweisaufnahme bedeutsam. Und hier nur dann, wenn die Tatsachenfeststellungen zu keinem eindeutigen Ergebnis hinsichtlich der Voraussetzungen der anzuwendenden Normen geführt haben. Die Beweislastregeln sind insoweit Ergänzungsnormen jedes Gesetzes 1) und gehören dem materiellen Recht an 2). Dies folgt für die Beweislastregeln aus dem Zwang, trotz eines non liquet entscheiden zu müssen. Trifft also eine Spezialnorm über die Beweislastverteilung nicht zu, oder existiert keine solche, so muss es immer noch eine Regel geben, nach der die Verteilung vorgenommen werden kann 3). Man könnte die allgemeinen Beweislastregeln mit dem im Strafrecht entstandenen Begriff als "Auffangregeln" bezeichnen.
2. Beweislastregeln sind wie alle Rechtsvorschriften in Form von *leges generales* und *leges speciales* denkbar 4). Die *leges speciales* enthalten das Grundprinzip der Beweislastverteilung, das Erklärungsprinzip, als *lex generalis*. So etwa das

1) Rosenberg, Beweislast, S. 3.

2) Vgl. oben S. 15 ff.

3) Deshalb ist das Konkurrenzverhältnis zwischen *lex specialis* und *lex generalis* im Bereich der Beweislastnormen ein völlig anderes als z. B. bei der Konkurrenz zwischen den allgemeinen Anfechtungsvorschriften und den Mängelvorschriften im Kaufrecht oder zwischen der allgemeinen Haftung (§ 823 BGB) aus unerlaubter Handlung und etwa den spezielleren, haftungsbeschränkenden Vorschriften aus Amtspflichtverletzung (§ 839 BGB). Hier kann die Klage abgewiesen werden, wenn die Spezialnorm nicht vorliegt. Liegt dagegen eine spezielle Beweislastverteilungsnorm nicht vor, so muss die Beweislast nach anderen, allgemeinen Grundsätzen verteilt werden können.

4) Vgl. Schneider, a. a. O. S. 267. Er sagt hier: "Damit zeichnen sich zwei Kategorien von Normen ab, die in ihrem Miteinander die Lückenlosigkeit der Rechtsordnung gewährleisten".

allgemeine Beweislastverteilungsprinzip des Zivilprozesses 1), oder der im Strafprozess geltende Satz, dass der Staatsanwalt die Beweislast ungeteilt zu tragen habe 2). Hierbei handelt es sich um echte ungeschriebene Sätze des Gewohnheitsrechts, da sie der Rechtsüberzeugung des Volkes entsprechen, allgemein anerkannt werden, und in der Praxis dauernd angewandt werden. Allerdings sind die *leges generales* - also das Erklärungsprinzip der Beweislast dem Verfassungsrecht zuzurechnen. Dieses wird dann in Form der *leges speciales*, der einzelnen Verteilungsprinzipien, als Gewohnheitsrecht konkretisiert. Erst die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen als *leges generales* bilden die Grundlage des Gewohnheitsrechts. Sie selbst sind nicht als Gewohnheitsrechtsätze aufzufassen. Dass es sich bei den *leges speciales* um Gewohnheitsrecht handelt, muss mit Kern zumindest für den Strafprozess gelten 3). Entgegen der Meinung von Rosenberg 4) kann aber auch das allgemeine Verteilungsprinzip des Zivilprozesses als Gewohnheitsrechtssatz bezeichnet werden; insoweit ist R. Schmidt, Stein - Jonas - Schöнке und Wach 5) zuzustimmen. Diese *leges generales* sind gegenüber den *leges speciales* subsidiärer Natur, d. h. der Richter hat nach ihnen zu entscheiden, wenn die Spezialnorm nicht angewandt werden kann 6).

Es ist also festzuhalten: die *leges generales* (das Erklärungsprinzip) gehören dem Verfassungsrecht an und werden aus den verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen gebildet. Sie erhalten eine erste Konkretisierung in den genannten *leges speciales* (etwa die Verteilungsprinzipien des Zivilprozesses und Strafprozesses), die als Gewohnheitsrechtssätze erkannt wurden. Sie werden durch noch speziellere Regeln weiter konkretisiert, etwa durch die besonderen Beweislastverteilungsnormen des BGB oder die Beweislastregelungen der §§ 186, 361 Ziff. 8 StGB.

II. DIE SONDERNORMEN DER BEWEISLAST

1. Neben den allgemeinen Verteilungsregeln, die nicht gesetzlich normiert sind, finden wir Vorschriften des materiellen Rechtes, die jeweils für einen bestimmten Anwendungsfall die Beweislast dem einen oder anderen Prozessbeteiligten

1) Rosenberg, Beweislast, S. 98.

2) Kern, Strafprozessrecht, S. 57.

3) Kern, a. a. O.

4) Rosenberg, a. a. O.

5) R. Schmidt, Lehrbuch, S. 475, 476, 478; Stein-Jonas-Schöнке, ZPO Komm., § 282 IV 2 mit Anm. 24 h; Wach in ZZP 29/386; zustimmend auch Korsch, die Anwendung der Beweislastregeln im Zivilprozess und das qualifizierte Geständnis, S. 18.

6) Vgl. Wolff, Verwaltungsrecht I, § 25 I, S. 97.

auferlegen. Diese sind also noch speziellere Regeln als die oben erwähnten *leges speciales* und gehen diesen nach dem Grundsatz dass das speziellere Gesetz jeweils das allgemeinere verdrängt, vor. Es lassen sich dabei zwei Arten erkennen:

- a) schlichte Zuweisungsnormen, die so beschaffen sind, dass in ihnen einer Prozesspartei ausdrücklich die Beweislast für einen bestimmten Fall auferlegt ist, wie etwa in den Fällen der §§ 179 I, 282 BGB, § 8 II und III sowie §§ 30 Nr. 2, 31 Nr. 3 KO.
- b) gesetzlich normierte Tatsachen- oder Rechtsvermutungen, wie sie etwa die §§ 1253 II oder 891 I, 1006 BGB enthalten. Sie ändern nur das Beweisthema insofern, als statt des Beweises der eigentlich zu beweisenden Tatsache der Beweis einer anderen gestattet wird. Sie erleichtern also nur den Beweis 1). Die gesetzlichen Vermutungen sind deshalb Beweislastregeln, und keine Beweiswürdigungsregeln 2), weil sie dem Richter nicht sagen, wie er den Beweis zu würdigen hat, sondern anordnen, wie zu entscheiden ist, wenn der Richter zu keiner Überzeugung gelangen konnte. Sie enthalten eine Beweislastregel dahin, dass diejenige Partei, die sich auf die Vermutungsfolge beruft, den Vermutungstatbestand beweisen muss 3). Auf die oben S. 15 ff im einzelnen durchgeführten Beispiele kann hier zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen werden.

Dies soll nun nicht näher und im Einzelnen ausgeführt werden, für den hier zu behandelnden Problemkreis genügte es, die allgemeinen Erscheinungsformen in denen sich Beweislastregeln finden, aufzuzeigen. Dies geschah zweckmässig an Hand des Zivilprozesses, da sich dort leicht und beispielhaft alle Äusserungsformen erkennen lassen.

-
- 1) Vgl. Pločz, die Natur der gesetzlichen Vermutungen, in Festschrift für Wach, Band II, S. 2; Stein-Jonas-Schönke, ZPO Komm., Anm. II 1 zu § 292 spricht von einer "Verschiebung des Beweisthemas". Ebenso BGH in der Entscheidung vom 24.1.1951 in NJW 1951/397.
 - 2) Schunck - De Clerck, VwGO Komm., § 86, 1 ee, vertreten allerdings die Meinung, Rechtsvermutungen, Tatsachenvermutungen, Wahrscheinlichkeitsbeweis und Anscheinsbeweis seien lediglich Beweiserleichterungen und keine Beweislastregeln. Wesentlich erscheint aber ausschliesslich die Unterscheidung von gesetzlichen und tatsächlichen Vermutungen. Hat der Richter nämlich eine Überzeugung kraft tatsächlicher Vermutung gewonnen, so braucht der Gegner diese Überzeugung nur zu beseitigen. Spricht aber eine gesetzliche Vermutung für eine Partei, so muss der Gegner dem Richter die Überzeugung der Richtigkeit des Gegenteils verschaffen. Dies ist der wesentliche Unterschied.
 - 3) Brauer, Zivilrechtsfall, S. 132, 137.

2. Hingewiesen sei noch besonders auf den Unterschied zwischen den tatsächlichen Vermutungen und den gesetzlichen Vermutungen 1). Erstere enthalten keine Beweislastregelung. Mit der *praesumptio facti* soll ja eine Überzeugungsbildung des Richters erreicht werden; dann ist der *prima facie* bewiesene Sachverhalt der Entscheidung des Gerichts zu Grunde zu legen und einer Beweiserhebung bedarf es nicht. Wird Beweis erhoben, so kann die Tatsachenvermutung das Ergebnis der Beweiswürdigung beeinflussen, die Beweislast regelt sie nie.

Die tatsächliche Vermutung bildet eine Überzeugung - oder ist zum mindesten dazu geeignet -, die gesetzliche Vermutung entfaltet erst dann ihre Wirkung, wenn eine Überzeugung nicht gewonnen werden kann.

Vgl. auch Anm. 3 auf S. 35.

ZUSAMMENFASSUNG DES ERSTEN TEILS

Die Beweislastlehre ist ein Teil der Lehre von der Rechtsanwendung. Die Beweislastregeln sind Anweisungen an den Richter, wie er im Fall eines *non liquet* zu entscheiden hat. Sie gehören dem materiellen Recht an.

Es wird eine subjektive und eine objektive Beweislast unterschieden. Während die subjektive Beweislast den Parteien auferlegt, durch eigene Tätigkeit den Beweis einer streitigen Tatsache zu führen, fragt die objektive Beweislast nur danach, wer die Folgen der Beweislosigkeit, das Prozessrisiko zu tragen hat. Hieraus folgt, dass es eine objektive Beweislast in jedem Verfahren, das der Anwendung abstrakter Normen auf einen konkreten Einzelfall dient, geben muss, eine subjektive Beweislast aber nur in Verfahren, die vom Verhandlungsgrundsatz beherrscht sind, geben kann.

Bei der Frage nach dem Grunde der Beweislastverteilung ergibt sich die Unterscheidung zwischen Erklärungsprinzip und Verteilungsprinzip: Ersteres fragt nach dem Grunde einer Beweislastverteilung ganz allgemein, nach der letzten Rechtsfertigung der Beweislast, letzteres nach der einzelnen Verteilungsregel.

Das Erklärungsprinzip der Beweislast ist für alle Verfahrensarten gleich und ergibt sich aus der Art der Rechtssubjekte, der Prozessbeteiligten, die sich im Prozess gegenüberstehen. Von ihnen wird auf dem Gebiet des Tatsächlichen ein bestimmtes Verhalten vermutet, ihr Wertverhältnis stellt sich als Normrelation dar. Die Verbindung zwischen Tatsachenelement und Normenelement vollziehen die normativ-bestimmten Vermutungen, die als Ausgangsvermutungen bezeichnet werden in der Weise, dass aus ihnen im Fall eines *non liquet* Entscheidungsregeln, die Verteilungsprinzipien der Beweislast, gebildet werden.

Die Verteilungsprinzipien sind daher notwendig für jedes Verfahren verschieden, in dem die Wertrelation der Prozessbeteiligten oder ihre Verhaltenswahrscheinlichkeiten unterschiedlich sind.

Als Äusserungsformen der Beweislastregeln werden die allgemeinen Beweislastverteilungsregeln und Sonderregeln unterschieden. Erstere sind notwendig zu letzteren subsidiär, jedoch immer dann anwendbar, wenn eine Sondernorm nicht angewandt werden kann. Sie sind "Auffangregeln". Dies folgt aus dem Zwang zur Entscheidung.

Bei den Sondernormen der Beweislast sind schlichte Zuweisungsnormen und gesetzliche Vermutungen zu unterscheiden. Die gesetzlichen Vermutungen sind echte Beweislastregeln, da sie Anweisungen an den Richter enthalten, wie er im Falle des *non liquet* in der Tatfrage zu entscheiden hat. Sie sind zu unterscheiden von den tatsächlichen Vermutungen, die keine Beweislastregeln sind, sondern in das Gebiet der Beweiswürdigung fallen.

2. TEIL: DIE BEWEISLAST IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN

1. Kapitel: Allgemeines zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren

I. GIBT ES EINE BEWEISLAST IM VERWALTUNGSPROZESS?

1. Nach dem Zusammenbruch des nationalsozialistischen Staates wurden die noch bestehenden Verwaltungsgerichte im Reich und in den Ländern durch Massnahmen der Besatzungsmächte zunächst geschlossen 1). Mit der Wiederherstellung des staatlichen Lebens im deutschen Gebiet musste aber auch eine Neuordnung der Verwaltungsgerichte und der Verwaltungsgerichtsbarkeit nach rechtsstaatlichen Grundsätzen getroffen werden. Diese Neuordnung vollzog sich zunächst auf Länderebene 2). Nach Inkrafttreten des Grundgesetzes wurde gem. Art. 96 I GG dann am 23. Sept. 1952 das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht erlassen 3), und am 1.4.1960 trat die bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung in Kraft 4), (vgl. § 195 I VwGO). Mit diesem Zeitpunkt sind die landesrechtlichen Vorschriften sowie das Gesetz über das Bundesverwaltungsgericht ausser Kraft getreten. § 195 II Ziff. 1-6 zählt die aufgehobenen Gesetze abschliessend auf.

Für das Verwaltungsstreitverfahren gilt somit seit 1.4.1960 im gesamten Gebiet der Bundesrepublik einschliesslich Berlin das Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit vom 21.1.1960.

2. Gem. § 86 I VwGO hat das Gericht den Sachverhalt von Amts wegen zu erforschen. Es ist an die Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. Diese Vorschrift bestimmt für den Verwaltungsprozess die Untersuchungsmaxime 5). Das Gericht hat den ihm von den Beteiligten unterbreiteten Sachverhalt daraufhin zu prüfen, ob er mit dem wirklichen Sachverhalt übereinstimmt 6). Es ist berechtigt und verpflichtet, selbständig Ermittlungen darüber anzustellen, wel-

1) Gesetz Nr. 2 der Militärregierung (Amtsbl. der Mil. Reg. Deutschland, Kontrollgebiet der 21. Armeegruppe, Nr. 3 S. 4).

2) Bay. Ges. v. 25.9.1946 (GVBl S. 281); hess. Ges. v. 31.10.1946 (GVBl S. 194); württ.-bad. Ges. v. 16.10.1946 (Reg. Bl. S. 221); brem. Ges. v. 5.8.1947 (GVBl S. 171); MRVO Nr. 165 usw.

3) BGBl I S. 625

4) BGBl Nr. 4 I S. 17

5) BverwG v. 10.6.1955 in NJW 1956/604; v. 18.4.1956 in DVBl 1956/682 f = NJW 1956/1214 = ZZZ 69/317; OVG Münster, DVBl 1955/670 ff; z.B. auch Eyermann-Fröhler, VwGO Komm., § 86; Schunck-De Clerck, VwGO Komm., § 86 1 ab.

6) Ule VwGO Komm., § 86 I Anm. 1.

cher Sachverhalt tatsächlich vorliegt 1). Gem. § 86 I sind die Beteiligten zur Erforschung des Sachverhaltes heranzuziehen, das Gericht ist jedoch an das Vorbringen der Beteiligten ebensowenig gebunden wie an ihre Beweisanträge, insbesondere nicht an ihre Rügen und Einwendungen, es bestimmt von Amts wegen, ob und in welchem Umfang Beweise erhoben werden 2). Dass der Verwaltungsprozess von der Untersuchungsmaxime beherrscht wird, wird nicht bestritten. Es ist lediglich darauf hingewiesen worden, dass die Unterschiede zwischen dem Verwaltungsprozess als einem Verfahren mit Untersuchungsmaxime und etwa dem Zivilprozess als einem Verfahren mit Verhandlungsgrundsatz nicht so zahlreich und nicht so bedeutend seien, wie durchweg angenommen werde 3).

3. Unter der Herrschaft des Untersuchungsgrundsatzes kann es daher im Verwaltungsprozess eine subjektive Beweislast, eine Beweisführungslast nicht geben 4).

1) Vgl. Anm. 5 und Anm. 6 von S. 46

2) Schunck-De Clerck, VwGO Komm., § 86 I b dd; Ule, VwGO Komm., § 86 I Anm. 2.

3) Ule, DVBl 1954/137; Lang, Verw. Arch. 52/61 ff und 175 ff; Hoffmann, DVBl 1957/603.

4) Dies ist heute übereinstimmende Meinung von Rechtsprechung und Lehre, vgl. etwa BVerwG v. 9.12.1955 in DVBl 1956/335; v. 9.10.1957 in ZMR 1958/242; v. 18.4.1956 in NJW 1956/1214; BSG v. 24.10.1957 in NJW 1958/39; OVG Münster v. 19.10.1956 in DÖV 1957/91; v. 21.5.1957 in DVBl 1958/64; OVG Berlin v. 17.12.1954 in ZMR 1955/247 ff; württ. -bad. VGH v. 3.8.1950 in DVBl 1951/419; OVG Koblenz v. 24.6.1952 in OVG 1/288. Ebenso Ule, zum Verhältnis von Zivilprozess und Verwaltungsprozess, in DVBl 1954/146; Deppe, Beweislast, S. 8; Kniesch, in MDR 1954, 453; Gellrich, in JR 1955/175; Hoffmann, in DVBl 1957/603; Turegg, Lehrbuch, S. 227; Dahlinger, in NJW 1957/7; Bettermann, in DVBl 57/84; Ruckriegel, in DÖV 1958/531.

Wenn früher zuweilen davon gesprochen wurde, dass es im Verwaltungsprozess keine Beweislast gebe, (etwa Schultzenstein in JW 1917/433 ff; pr. OVG E 91/99; Georg Meyer, Lehrbuch des deutschen Verwaltungsrechts, I S. 63 oder Heine, in Verw. Arch. Bd. 26/456) dann deshalb, weil der Begriff der Beweislast damals noch als einheitlicher aufgefasst wurde. Schon jene Autoren aber waren sich damals einig, dass im Verwaltungsprozess eine Partei nicht mit einer Beweisführungspflicht mit der Folge belastet sei, dass - wenn sie den Beweis nicht führte - sie im Prozess unterlag. Unter Voraussetzung eines einheitlichen Beweislastbegriffes aber war es dann nur folgerichtig, wenn eine Beweislast gänzlich abgelehnt wurde. So sprechen auch in neuerer Zeit Laforet, Verwaltungsrecht, S. 266 und Mang, Verwaltungsrecht, S. 180 davon, dass es im Verwaltungsprozess eine Beweislast nicht gebe. Ähnlich auch Peters, Lehrbuch,

Da jedoch auch im Verwaltungsprozess ein non liquet entstehen kann, so muss es auch hier Regeln geben, die dem Richter, der unter dem Zwang zur Entscheidung steht, sagen, wie er zu entscheiden hat 1). Auch im Verwaltungsprozess muss es daher eine Feststellungslast geben, eine objektive Beweislast 2). Die Frage, welche Partei das Prozessrisiko zu tragen hat, ist auch im Verwaltungsprozess im Falle eines non liquet zu stellen und muss beantwortet werden 3).

Fortsetzung der Fussnote 4 von Seite 47:

S. 22 und Meiss, Abgrenzung, S. 32; ebenso Staab, bay. Verw. Bl. 1959/38. Auch sie gehen offenbar noch von einem einheitlichen, an den Verhandlungsgrundsatz gebundenen Beweislastbegriff aus. Nur unter diesem Gesichtspunkt ist der immer wiederkehrende Satz; im Verwaltungsprozess gibt es keine Beweislast, zu verstehen. Vgl. auch Ruckriegel, DÖV 1958/531.

- 1) Vgl. Friedrichs, Verw. Rpfl. II 1921 S. 850.
- 2) Die Verwendung des von Rosenberg für den Zivilprozess entwickelten, differenzierten Beweislastbegriffes im Verwaltungsprozess begegnet keinen Bedenken und ist von der gesamten Rechtsprechung und Lehre anerkannt. Hoffmann, DVBl. 1957/603, führt aus: "Es ist nur allzu natürlich, wenn sich das wesentlich jüngere Verwaltungsrecht die beim Zivilrecht im Laufe einer traditionsreichen Entwicklung und Durchdringung gewonnenen Erkenntnisse zu Nutze macht und diese unter Wahrung seiner Eigenart verwertet. Dies gilt umso mehr, als Zivilprozess und Verwaltungsprozess durchaus nicht in dem Masse voneinander abweichen, wie man in herkömmlicher Weise zu glauben geneigt ist". Vgl. ferner die Nachweise bei Ruckriegel, DÖV 1958/531 und Ule, Verwaltungsgerichtsordnung, Komm., § 86 III 1; ebenso Anm. 1 auf S. 62; alle diejenigen, die eine subjektive Beweislast im Verwaltungsprozess ablehnen. Lediglich Tietgen geht in DVBl 1956/682 ff von einer beschränkten subjektiven Beweislast aus. Deppe, Beweislast, S. 10, betont, dass der "Ausschluss der subjektiven Beweislast nur so weit gehe, wie die Untersuchungsmaxime reiche".
- 3) Vgl. Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 301, der ein Beispiel zur objektiven Beweislast gibt: "Ein angeblich öffentlicher Weg führt über ein privates Grundstück; das Gericht ist nach Sachlage weder überzeugt, dass der Weg öffentlich, noch dass er nicht öffentlich ist. Da das Gericht nicht einfach die Einstellung des Verfahrens wegen Zweifelhafteigkeit der Sach- und Rechtslage beschliessen kann, muss es eine Regel geben, wer die Zweifelhafteigkeit gegen sich gelten lassen muss". Staab, a. a. O. S. 83 meint allerdings, für diese "Erscheinung" sei ein besonderer Name nicht notwendig und es könne daher auf die Differenzierung des Beweislastbegriffes verzichtet werden.

Mit der Anerkennung einer Beweislast im Verwaltungsprozess ist zwar der Streit über die Berechtigung dieses Instituts im Verwaltungsstreitverfahren gelöst, nicht jedoch die Problematik der Beweislastverteilung.

4. Es kann wohl im Vergleich zum Zivilprozess gesagt werden, dass der Fall des non liquet im Verwaltungsprozess weniger häufig gegeben sein wird 1). Dies hängt vor allem damit zusammen, dass oft der Sachverhalt auf Grund von Behördenakten bereits festliegt, wenn der Streit vor das Verwaltungsgericht kommt 2). Ferner gewährleistet die Untersuchungsmaxime ein grösseres Mass an Sachaufklärung. Trotzdem sind die Entscheidungen nach der Beweislast im Verwaltungsprozess von grosser Bedeutung, insbesondere im Bereich des Flüchtlingsrechts, Staatsangehörigkeitsrechts, auch in Beamtensachen, wo der Nachweis von Tatsachenmaterial durch die Kriegswirren oft unmöglich geworden ist 3). Auch die Entscheidung von Kriegsdienstverweigerungsfällen ist hier von besonderer Bedeutung. Gerade diese Fälle zeigen, dass die Frage, wer das Prozessrisiko zu tragen hat, oft sehr einschneidende Wirkung für den Einzelnen haben kann 4).

II. ANWENDBARKEIT VON ZIVILPROZESSUALEN NORMEN IM VERWALTUNGS-PROZESS

1. Wenngleich der Begriff der Beweislast und ihre nähere Ausgestaltung dem Zivilprozessrecht entnommen wurde, so kann doch das Verteilungsproblem nicht mit Hilfe zivilprozessualer Regeln gelöst werden. Zwar bestimmt § 173 VwGO die entsprechende Anwendung der Zivilprozessordnung, soweit die Verwaltungsgerichtsordnung keine Bestimmungen über das Verfahren enthält, und wenn die grundsätzlichen Unterschiede der beiden Verfahrensarten dies nicht ausschliessen.

Die Verwaltungsgerichtsordnung enthält keine Vorschriften über die Beweislast, insbesondere nicht über die Beweislastverteilung. Auch gibt es kein gewohnheitsrechtlich anerkanntes allgemeines Verteilungsprinzip wie im Zivilprozess und Strafprozess. Es ist nun also zu fragen, ob und gegebenenfalls warum die grundsätzlichen Unterschiede beider Verfahrensarten die Übertragung des allgemeinen Beweislastverteilungsprinzipes des Zivilprozesses auf den Verwaltungsprozess verbieten 5).

- 1) Vgl. Deppe, Beweislast, S. 13.
- 2) Vgl. Ule, Verwaltungsverfahren und Verwaltungsgerichtsbarkeit, in DVBl 1957/597 ff (602); Newerla, in NJW 1957/620; Ruckriegel, a. a. O. S. 531.
- 3) Vgl. Gellrich, a. a. O. S. 176, Anm. 20.
- 4) Übereinstimmend Deppe, Beweislast, S. 14.
- 5) Zwar spricht § 173 VwGO nur davon, dass "Bestimmungen" der Zivilprozessordnung entsprechend angewandt werden können, jedoch bestehen keine Bedenken, auch das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip als eine solche "Bestim-

2. Hier wird die Unterscheidung zwischen Verhandlungsgrundsatz und Untersuchungsgrundsatz bedeutsam. So muss notwendig eine entsprechende Anwendung all derjenigen Vorschriften der Zivilprozessordnung ausgeschlossen werden, die dem in § 86 I VwGO niedergelegten Untersuchungsgrundsatz widersprechen 1). So können etwa die Vorschriften über das Geständnis (§§ 288 ff ZPO) und über die Beweisführungslast, (§ 282 ZPO) nicht entsprechend im Verwaltungsprozess angewandt werden 2). Gerade im Bereich der hier zu erörternden Feststellungslast bestehen aber allein aus den Verfahrensunterschieden des Prozesses mit Untersuchungsmaxime und desjenigen mit Verhandlungsmaxime keine Abweichungen, da die Feststellungslast in gleicher Weise beiden Verfahren angehört. So wird denn auch folgerichtig von vielen das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip des Zivilprozesses für den Bereich der Feststellungslast auf den Verwaltungsprozess übertragen 3). Dies kann jedoch nicht richtig sein.

Die grundsätzlichen Unterschiede von Zivilprozess und Verwaltungsprozess erschöpfen sich nicht in dem Gegensatz zwischen Untersuchungsgrundsatz und Verhandlungsgrundsatz. Für den Bereich der Beweislast ist von entscheidender Bedeutung die Tatsache, dass sich im Zivilprozess zwei Rechtsgenossen, Einzelner und Einzelner als gleichgeordnete Prozesssubjekte gegenüberstehen, während der Verwaltungsprozess von dem Verhältnis Staat - Bürger beherrscht wird, je nach dem wie es die Verfassung ausgestaltet hat 4).

Die Grundstruktur des Zivilprozesses beruht insoweit auf anderen Grundsätzen als auf denen, die das Verfahren vor den Gerichten der Verwaltungsgerichtsbarkeit bestimmen. Insbesondere kann im Verwaltungsprozess die Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden, rechtshindernden, rechtsvernichtenden und rechtshemmenden Rechtssätzen nicht als ausschlaggebendes Kriterium für

Fortsetzung der Fussnote 5 von Seite 49:

mung" anzusehen, wenngleich es in der Zivilprozessordnung direkt keinen Ausdruck gefunden hat. Die "Bestimmung" in § 173 VwGO darf nicht so eng ausgelegt werden.

- 1) Vgl. Ule, VwGO Komm., § 173; Eyermann-Fröhler, VwGO Komm., § 173, Anm. 2; Schunck-De Clerck, VwGO Komm., § 173 Anm. 2.
- 2) Vgl. Anm. 1.
- 3) Vgl. z. B. Ule, VwGO Komm., § 86 III 2; Schunck-De Clerck, VwGO Komm., § 86 Anm. 2; OVG Münster, DVBl 1955/670 ff; OVG Münster, DÖV 1957/91; OVG Koblenz, amtl. S. 4/333; Newerla, NJW 1957/619; im Ergebnis auch Dahlinger, NJW 1957/7 f; Deppe Beweislast, S. 27.
- 4) Eine Sonderstellung im Verwaltungsprozess nehmen die sogenannten "Partei-streitigkeiten" ein, die Streitigkeiten zwischen gleichgeordneten Trägern öffentlicher Gewalt sind. Hier gilt das Über- und Unterordnungsverhältnis nicht. Dieses Verfahren wird noch gesondert zu behandeln sein. Vgl. unten Kap. 4 VII.

die Beweislastverteilung angesehen werden 1). Einmal geht es im Verwaltungsprozess meist nicht um einen "Anspruch" im Sinne des Zivilprozesses, für den allein die gegebene Unterscheidung der Rechtssätze passt 2), zum anderen erscheint die Qualifizierung eines Rechtssatzes etwa als rechtsbegründend im Verhältnis zu einer anderen, etwa rechtshindernden Norm für den Verwaltungsprozess unzutreffend, da es hier nur auf das Verhältnis der Rechtssätze zu der "freiheitlichen Regel", also auf das Verhältnis zwischen Staat und Bürger, wie es die Verfassung bestimmt, ankommen kann 3).

Dann aber können solche Lücken der Verwaltungsgerichtsordnung durch Bestimmungen der Zivilprozessordnung nicht geschlossen werden. Denn es kann nicht das Gleiche sein, ob jemand von einem anderen die Bezahlung einer Forderung verlangt, oder ob er die Beseitigung eines ihn in seinen Rechten beschränkenden Verwaltungsaktes erreichen will. Gerade wenn von der Erkenntnis ausgegangen wird, dass die Beweislastverteilung dem materiellrechtlichen Grundverhältnis zu entnehmen ist, wird das Verhältnis der Prozesssubjekte relevant. Denn von ihm allein wird das materiell-rechtliche Grundverhältnis bestimmt; im Zivilprozess durch das Gleichordnungsprinzip, im Verwaltungsprozess durch das Staat - Bürger - Verhältnis 4). Aus diesen Gründen kann das allgemeine Verteilungsprinzip des Zivilprozesses nicht auf den Verwaltungsprozess übertragen werden. Bei der Findung eines Verteilungsprinzips für den Verwaltungsprozess muss dem Untersuchungsgrundsatz einerseits und dem Verhältnis der sich gegenüberstehenden Parteien Staat und Einzelner andererseits in gleicher Weise Rechnung getragen werden. Durch die bedenkenlose Übernahme des zivilprozessualen Prinzips wird dies nicht erreicht 5).

- 1) Dies wird allerdings mehrfach im Schrifttum vertreten, so etwa Gellrich, JR 1955/175 f; Klinger, VGVO Komm., S. 436 Anm. E zu § 72; Schunck-De Clerck, BVerwGG, Komm., S. 106.
- 2) So auch Deppe, Beweislast, S. 41 ff; er differenziert in berechtigende Rechtssätze und solche mit Gegenwirkung.
- 3) Die Redaktoren des Bürgerlichen Gesetzbuches haben dagegen bewusst versucht, die Gesetzestatbestände schon in ihrer äusseren Fassung als rechtsbegründende usw. Normen zu kennzeichnen. Vgl. auch Rosenberg, Beweislast, S. 126.
- 4) So würde man wohl auch aus diesem Grunde nie auf den Gedanken kommen, das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip des Zivilprozesses auf den Strafprozess anzuwenden.
- 5) Deppe, Beweislast, S. 27 will zwar dem Unterschied zwischen Verhandlungsmaxime und Untersuchungsgrundsatz Rechnung tragen, wendet jedoch im übrigen das allgemeine Verteilungsprinzip des Zivilprozesses fast unverändert im Verwaltungsprozess an. Insbesondere hält er den Vergleich zum Strafprozess offenbar für nicht erwähnenswert, obwohl sich gerade hier erweist, dass das allgemeine Verteilungsprinzip des Zivilprozesses durchaus kein - mehr oder weniger verändert - für alle Prozessarten geltendes Prinzip ist.

3. Aus der Zuweisung der Beweislastregeln zum materiellen Recht ergibt sich für die Revision eine wichtige Folge: Die Revision gegen Entscheidungen des obersten Verwaltungsgerichts eines Landes kann gem. § 132 VwGO grundsätzlich nur dann eingelegt werden, wenn sie zugelassen worden ist. Lediglich wenn wesentliche Mängel des Verfahrens gerügt werden, kann unter den Voraussetzungen des § 133 VwGO die Revision ohne besondere Zulassung eingelegt werden. Wird demnach die Revision zum Bundesverwaltungsgericht lediglich auf Verletzung von Beweislastvorschriften gestützt, so bedarf sie, da diese keine Verfahrensvorschriften enthalten, immer der besonderen Zulassung.

2. Kapitel: Der gegenwärtige Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Beweislast im Verwaltungsprozess

- I. Aufgabe dieses Abschnittes kann und soll es nicht sein, ein erschöpfendes, in die Einzelheiten gehendes Bild der Rechtsprechung zur Beweislastverteilung im Verwaltungsprozess zu geben. Die angeführten Entscheidungen und Lehren sollen lediglich dazu dienen, die Grundauffassungen über die Beweislastverteilung an Hand typischer Fälle zu erläutern.
- II. Das Preussische Oberverwaltungsgericht behandelt Beweislastfragen in einer grossen Zahl von Entscheidungen 1). Es kannte nur eine objektive Beweislast im Verwaltungsprozess und legte sie bei Anfechtungsklagen grundsätzlich der beklagten Behörde auf 2). Das Gericht kam jedoch zu keinem, alle Klagearten umfassenden Verteilungsprinzip. Bei polizeilichen Eingriffen, bei Klagen gegen Polizeiverfügungen, hatte nach dem Preussischen Oberverwaltungsgericht der Kläger das Prozessrisiko dafür zu tragen, dass im einzelnen Falle nicht die tatsächlichen Voraussetzungen vorlagen, die die Behörde zu dem Eingriff rechtfertigen würden, eine Meinung, die nicht überzeugend begründet werden konnte 3). Insbesondere Schultzenstein 4) hat sich gegen diese Praxis des Oberverwaltungsgerichtes gewandt und festgestellt, dass eine solche Umkehrung der Beweislast zu Gunsten der Polizeibehörde unzulässig sei, und zwar deshalb, weil es weder eine rechtliche, noch eine aus der Lebenserfahrung fliessende, tatsächliche Vermutung dafür gebe, dass die Polizeibehörde im Zweifel von

1) Vgl. die Nachweise bei Friedrichs, Verwaltungsrpf. 1921 II, S. 857/860.

2) Vgl. etwa OVG E 15/125; 27/47; 42/8; 74/211; 78/132; 14/142.

3) Vgl. die Entscheidungen des Pr. OVG in OVG E 4/274; 51/399; 67/314; weitere Nachweise finden sich bei Friedrichs, Verwaltungsrpf. 1921 II S. 859.

4) Schultzenstein, zur Rechtmässigkeit polizeilicher Verfügungen und zur Beweislast im Verwaltungsstreitverfahren, in JW 1917/257, 327, 433, hier insbesondere 257 ff.

einem wirklich gegebenen Sachverhalt ausgegangen sei 1).

III. Die Diskussion über die Verteilung der Beweislast entzündete sich in neuerer Zeit an einer Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18. 4. 1956, die das Prozessrisiko dem Anfechtungskläger, nicht der beklagten Behörde auferlegt 2). Dort heisst es: "Bei der Anfechtungsklage trägt in der Regel der Kläger die Beweislast. Denn dieser kann eine Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes nur dann verlangen, wenn die Rechtswidrigkeit des angefochtenen Verwaltungsaktes feststeht". Diesem Urteil, das offensichtlich die Verteilung der Beweislast nach der Prozesstellung der Parteien als Kläger oder Beklagter vornimmt, sind TIETGEN und DAHLINGER 3) überzeugend entgegengetreten und haben hervorgehoben, dass die Beweislastverteilung nicht aus der Prozesstellung entnommen werden dürfe, und dass die Meinung des Bundesverwaltungsgerichtes in schroffem Gegensatz zu der Praxis des Preussischen Oberverwaltungsgerichtes stehe.

BETTERMANN und NEWERLA 4) haben die Auffassung des Bundesverwaltungsgerichtes gestützt. Bettermann insbesondere führt aus, dass für den Anfechtungskläger die rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung durch den angefochtenen Verwaltungsakt mit materiellrechtliche Voraussetzung für den Erfolg seiner Klage bilde (§ 23 I S. 1 VO Nr. 165) und dass deshalb der Anfechtungskläger die Beweislast für die Tatsachen trage, aus denen sich die Rechtswirksamkeit und die Rechtsbeeinträchtigung ergäben. Tietgen 5) ist diesem Standpunkt dann vor allem mit dem Hinweis entgegengetreten, dass die für die Zulässigkeit und Begründetheit der Anfechtungsklage geforderte rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung für die Verteilung der Beweislast nicht geeignet sei. Diese könne sich immer nur aus dem materiellen Recht ergeben. Danach habe aber wie im Zivilprozess jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein aller Vorausset-

1) Diese Rechtsprechung des Preussischen Oberverwaltungsgerichts wurde insbesondere von Friedrichs, Verwaltungsrechtspflege, 1921 II S. 853 verteidigt. Berner, zuerst, (etwa in Verw. Arch. 31/428 ff) ein Verteidiger der Praxis des Preussischen Oberverwaltungsgerichts, schloss sich später der Meinung Schultzensteins an. Auch das Oberverwaltungsgericht selbst hat in einigen späteren Entscheidungen seine Ansicht geändert. Vgl. die Entscheidungen OVG E 19/419 und in pr. VBl 48/442.

2) BVerwG E 3/245 ff.

3) Tietgen, DVBl 1956/683; 1957/86; Dahlinger, NJW 1957/620; ebenso Gellrich, JR 1955/175; Bachof, JZ 1958/374 (377).

4) Bettermann, DVBl 1957/84; Newerla, NJW 1957/619 ff. Bettermann war damals noch selbst Mitglied des 5. Senates des Bundesverwaltungsgerichtes, der das Urteil vom 18. 4. 1956 erlassen hatte.

5) Tietgen, a. a. O.

zungen aller derjenigen Normen zu tragen, ohne deren Anwendung ihr Prozessbegehren keinen Erfolg haben kann. Für den Anfechtungsprozess bedeute dies: Mit der Verteidigung des Verwaltungsaktes begehrt die Behörde die Anwendung der ihm zu Grunde liegenden Norm. Damit aber falle ihr die Beweislast für die Tatsachen zu, an welche die Norm die Rechtsfolge knüpft. Tietgen erkennt den Verwaltungsgerichten eine Kontrollbefugnis zu 1) und wertet ihre Prozesstätigkeit als Überwachung des Verwaltungshandelns. Ausschlaggebend sei daher auch, die der Behörde im Verhältnis zum Staatsbürger zugewiesene Aktivstellung. Wie Bettermann vom Anfechtungskläger fordert, "sein Recht auf Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes" zu beweisen, so verlangt Tietgen von der Verwaltungsbehörde, "ihr Recht auf Erlass des Verwaltungsaktes unter Beweis zu stellen".

HOFFMANN 2) findet weder die These des Bundesverwaltungsgerichtes und Bettermanns, noch die Gegenthese Tietgens überzeugend, da in jedem Falle "völlig zu Unrecht der Verwaltungsakt in den Vordergrund gerückt sei". Das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis, das dem Verwaltungsakt zu Grunde liege, werde so bei der Beweislastverteilung ausgeschaltet. Gerade diesem komme aber im Rahmen der Beweislastverteilung die entscheidende Bedeutung zu. Auch er entnimmt die Beweislastnormen dem materiellen Recht, die das öffentlichrechtliche Rechtsverhältnis beherrschen, findet aber sein Verteilungsprinzip nicht lediglich in einer Anwendung des zivilprozessualen Grundsatzes sondern weist die Bürde der Beweislast jeweils der Partei zu, "die aus der nach Verfassung und Gesetz abgegrenzten Eigensphäre heraustritt und ein Recht auf Ausdehnung dieser Eigensphäre geltend macht".

Mit dem Begriff des Eingriffs in die Rechtssphäre eines anderen arbeitet auch das Bundessozialgericht in seiner Entscheidung vom 24. Oktober 1957. Es wird in dieser Entscheidung zunächst festgestellt, dass die Beweislast nur denjenigen Normen, deren Anwendung zu Gunsten eines Beteiligten in Betracht kommt, nicht etwa der Verfahrensordnung schlechthin entnommen werden kann. Auch die Stellung als Kläger oder Beklagter hat nach der Meinung des Gerichts auf die Verteilung der objektiven Beweislast keinen Einfluss. Der Klage eines Versorgungsberechtigten wäre nach dem Bundessozialgericht dann stattzugeben, wenn er sich mit ihr dagegen wendet, dass die Verwaltungsbehörde durch eine besondere Massnahme in seine Rechtssphäre eingegriffen hat und wenn nicht festgestellt ist, dass die Voraussetzungen für einen solchen Eingriff erfüllt sind.

Das Oberverwaltungsgericht Münster 4) scheint die Verteilung der Beweislast

1) Tietgen, a. a. O.

2) Hoffmann, DVBl 1957/603.

3) BSG in NJW 1958/39.

4) Beschl. vom 25.2.1955 in DVBl 1955/670; Beschl. vom 19.10.1956 in DÖV 1957/91.

in Abhängigkeit von der Klageart zu sehen. Diese, in den Beschlüssen vom 25.2.1955 und vom 19.10.1956 zum Ausdruck kommende Ansicht, lässt sich etwa dahin zusammenfassen 1): Bei der Anfechtungsklage trägt in der Regel die beklagte Behörde, bei der Vornahmeklage dagegen der Kläger die Beweislast.

Im Bereich der Kriegsdienstverweigerung ist die Entscheidung nach der Beweislast besonders deutlich hervorgetreten, da gerade hier oft eine Ungewissheit im Tatsachenbereich, ein non liquet bestehen bleiben wird. Auch hier sind die Meinungen in schroffem Gegensatz aufeinander geprallt. So wendet De Clerck 2) die allgemeinen Regeln des Zivilprozesses unter besonderer Berücksichtigung der Verfahrensunterschiede auch im Verwaltungsprozess an und stellt auf das materiellrechtliche Grundverhältnis ab. Insoweit stimmt er mit Arndt 3) überein. Während De Clerck jedoch die Beweislast dem Kriegsdienstverweigerer mit der Begründung auferlegt, dass derjenige, der aus einer Grundrechtsvorschrift Rechte oder Ansprüche gegen die Behörde herleite, die Beweislast für die rechtsbegründenden, die Behörde für die rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden tatsächlichen Voraussetzungen der Grundrechtsvorschrift zu tragen habe, weist Arndt die Beweislast grundsätzlich dem Staat zu. Er begründet seine Ansicht damit, dass der Kriegsdienstverweigerer ja nicht eine ihm persönlich geschuldete Leistung oder Duldung begehre, die er für sich zu fordern hätte, sondern er beantrage, das objektive Verfassungsrecht zu wahren und den jedem Menschen zustehenden status libertatis zu achten. Diese beiden Meinungen lassen sich auf ein Ausnahme-Regel-Verhältnis zurückführen und unterscheiden sich dann nur noch darin, dass für De Clerck nicht das Kriegsdienstverweigerungsrecht die freiheitliche Regel ist, sondern sich lediglich als Ausnahme von der Wehrpflicht darstellt. Für Arndt ist es gerade umgekehrt; er betrachtet die Wehrpflicht als die Ausnahme. Wer sich auf die Ausnahmeregel beruft trägt das Prozessrisiko. So klärt sich diese Kontroverse leicht auf. Ebenfalls nach dem Ausnahme-Regel-Prinzip will ULE 4) die Beweislast verteilen.

Auch Hoffmann nimmt letztlich die Beweislastverteilung nach einem Ausnahme-Regel-Prinzip vor 5). Ruckriegel 6) begnügt sich mit der Feststellung, dass bei der Anfechtungsklage "in der Regel" die beklagte Behörde, bei der

1) Anders jedoch in der Entscheidung des OVG Münster vom 21.6.1957 in DVBl 1958/64 ff.

2) De Clerck, Anmerkung zum Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 24.7.1959 in JZ 1960/13.

3) Arndt, JZ 1960/273.

4) Ule, VwGO Komm., § 86 III 3.

5) Hoffmann, a. a. O.

6) Ruckriegel, DÖV 1958/531.

Vornahmeklage der Kläger die Beweislast trage. Gleichzeitig räumt er jedoch ein, dass dies nicht immer zu gelten brauche.

Das Bundesverwaltungsgericht hat sich nach der Entscheidung vom 18.4.1956 mehr zu einer Verteilung der Beweislast nach dem materiellrechtlichen Grundverhältnis entschlossen und ist, soweit sich bisher erkennen lässt, dem Ausnahme-Regel-Prinzip gefolgt 1). Eine feste Verteilungsregel, wie die Beweislast zu verteilen sei, hat es noch nicht entwickelt. So hat sich auch noch keine einheitliche Linie in Rechtsprechung und Schrifttum bilden können. Wie bereits ausgeführt lässt sich die Tendenz erkennen, die Beweislast dem materiellrechtlichen Grundverhältnis zu entnehmen und derjenigen Partei das Prozessrisiko aufzuerlegen, die sich auf eine Ausnahmenvorschrift beruft, wenn die tatsächlichen Voraussetzungen zu ihrer Anwendung nicht zweifelsfrei erwiesen werden. Was allerdings als Regel und was als Ausnahme zu gelten hat, lässt sich nicht klar erkennen.

3. Kapitel: Einordnung der verschiedenen Auffassungen

I. MÖGLICHE VERTEILUNGSGRUNDLAGEN

Bevor die verschiedenen Meinungen und Thesen zur Beweislastverteilung, die im vorhergehenden Kapitel dargelegt wurden, einer genaueren Prüfung unterzogen werden, erscheint es angebracht zu untersuchen, nach welchen Gesichtspunkten die Beweislast im Verwaltungsprozess überhaupt verteilt werden könnte 2), um dann die Meinungen in diese verschiedenen Gruppen einzuordnen und so bereits, ohne auf spezielle Verteilungsprinzipien einzugehen, eine Auswahl treffen zu können. Es bieten sich im wesentlichen drei Möglichkeiten an:

- a) Die Beweislastverteilung wird von der Stellung der Parteien im Prozess abhängig gemacht. Es wird also ohne Berücksichtigung des materiellrechtlichen Grundverhältnisses entweder jeweils der klagenden Partei oder der beklagten Partei die Beweislast auferlegt, wobei allein die Prozesstellung das ausschlaggebende Zuweisungsmoment ist.
- b) Eine zweite Möglichkeit scheint sich gerade im Verwaltungsprozess anzubieten; es wird bei der Beweislastverteilung auf die Klageart abgestellt. Bei der Anfechtungsklage könnte etwa der beklagten Behörde, bei der Vornahmeklage dem Kläger die Beweislast auferlegt werden.

1) Vgl. etwa Urt. v. 9.12.1955 in DVBl 1956/335; Urt. v. 27.1.1956 in BVerwGE 3/110 ff; Urt. v. 4.5.1956, in BVerwGE 3/267 ff; Urt. v. 7.9.1956 in DVBl 1956/836 f; Urt. v. 24.7.1959/706; Urt. v. 3.10.1958 in BVerwGE 7/242.

2) Vgl. Ruckriegel, DÖV 1958/531.

- c) Eine weitere Möglichkeit ist die, dass die Beweislastverteilung an das materielle Recht gebunden, den im Einzelfall entscheidenden Rechtsnormen entnommen wird. Je nach der Rechtsposition, die sich für die Parteien aus den materiellrechtlichen Normen ergibt, hat die eine oder die andere Partei die Beweislast zu tragen.

II. UNTERSUCHUNG DER MÖGLICHKEITEN

1. In diese drei Kategorien lassen sich sämtliche aufgezeigten Meinungen und Thesen einordnen. So ist die Meinung des 5. Senates des Bundesverwaltungsgerichtes im Urteil vom 18.4.1956 der ersten Kategorie zuzurechnen. Das Gericht sieht die Beweislastverteilung offenbar in Abhängigkeit von der Kläger- oder Beklagtenposition. Diese Ansicht kann jedoch, wie bereits gezeigt wurde 1), nicht richtig sein. Denn die Prozessstellung der Parteien als Kläger oder Beklagter ist für die Verteilung der Beweislast gänzlich ohne Bedeutung 2). Die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes und die Ansicht Bettermanns wurden auch Gegenstand heftigster Kritik 3), die bereits dargelegt wurde. Es wird heute durchwegs anerkannt, dass ein gültiges Beweislastverteilungsprinzip nach dieser Auffassung nicht gewonnen werden kann.
2. Auch ein Abstellen auf die Klageart kann aber nicht der richtige Weg sein. Das OVG Münster ist in den Beschlüssen vom 25.2.1955 4) und vom 19.10.1956 5) von dem Unterschied zwischen Anfechtungsklage und Vornahmeklage ausgegangen und hat so für Anfechtungsklagen dem Staat, für Vornahmeklagen dem Staatsbürger die Beweislast auferlegt. Es begründete diese Meinung auch damit, dass wie in der Zivilgerichtsbarkeit jede Partei die Beweislast für das Vorhandensein aller Voraussetzungen derjenigen Normen trage, ohne deren Anwendung das Prozessbegehren keinen Erfolg haben kann 6). ENGELHARD 7)

1) Vgl. oben S. 18.

2) Vgl. oben S. 18 mit Anm. 4.

3) Insbesondere Tietgen, DVBl 1957/683; 1957/84; Ule, VwGO Komm., § 86 III 3; Gellrich, a. a. O.; Dahlinger, a. a. O.; Bachof, JZ 1958/374 ff (377); das BVerwG zweifelt selbst in neueren Entscheidungen an der Richtigkeit seiner Auffassung, vgl. etwa BVerwG E 7/242.

4) DVBl 1955/670

5) DÖV 1957/91

6) Zwar erscheint hier schon die Verknüpfung der Beweislast mit dem materiellen Recht, doch ist es bedenklich, sie vornehmlich im Zusammenhang mit der Unterscheidung verschiedener Klagearten zu sehen. Vgl. auch Ule, Verwaltungsprozessrecht, S. 147 und VwGO Komm., § 86 III. Auch er will offenbar die Beweislast je nach der Klageart verschieden verteilen.

7) NJW 1956/1379, insbes. Anm. 7.

hat aber in einem eindrucksvollen Beispiel die Unhaltbarkeit dieser Auffassung nachgewiesen: Nach § 7 Passgesetz ist der Pass unter bestimmten Voraussetzungen zu versagen; § 8 des Gesetzes lässt unter den gleichen Voraussetzungen die Entziehung des Passes zu. Soll es darauf ankommen, ob der Staatsbürger das eine mal mit der Anfechtungsklage die Entziehung des Passes bekämpft, oder ob er im anderen Falle die Erteilung des Passes mit der Vornahmeklage zu erwirken sucht 1)? Oder es klagt jemand auf Erteilung einer Erlaubnis, die nach dem Gesetz grundsätzlich jedem und stets erteilt werden muss und nur unter bestimmten Voraussetzungen versagt werden darf, so muss die beklagte Behörde die Beweislast dafür zu tragen haben, dass die Gründe der Versagung vorliegen. Es kann nicht darauf ankommen, welchen Klageweg der Staatsbürger wählt. Beispiele dieser Art machen deutlich, dass die Bildung einer Beweislastregel, die wesentlich auf den Unterschied zwischen Anfechtungsklage und Vornahmeklage abstellt, Bedenken begegnet. Abgesehen davon, dass eine solche Regel die übrigen Klagearten ausser acht liesse, wäre sie selbst im Bereich der Anfechtungs- und Vornahmeklagen zu starr, um dem Einzelfall stets gerecht zu werden 2). Eine solche Regelung kann in der Tat nicht im Sinne einer wirksamen Prozessrechtsgestaltung liegen. Auch diese zweite Möglichkeit muss daher bei der Findung eines Verteilungsprinzips für die Beweislast ausscheiden. Es kann auf die Klageart nicht ankommen 3).

3. Die Beweislastverteilung muss auch für den Verwaltungsprozess im Sinne der dritten Möglichkeit dem materiellen Recht entnommen werden, das im Einzelfall die Rechtsstellung der Prozessbeteiligten bestimmt 4). Dies erfordern die Beweislastregeln als Ergänzungsnormen des materiellen Rechtes, aus dem sich die Rechtsposition der Parteien ergibt. Diesen Weg hat auch der weit überwiegende Teil von Rechtsprechung und Lehre im Verwaltungsprozess eingeschlagen 5). Es hat sich gezeigt, dass nur dann, wenn auf das materiellrechtliche

1) Vgl. auch Schneider, in dubio pro libertate, S. 277, Anm. 44.

2) Vgl. Ruckriegel, DÖV 1958/531.

3) Übereinstimmend bereits das pr. OVG v. 20.3.1893 in OVGE 28/28 ff; ferner Tietgen, a. a. O.; Dahlinger, a. a. O.; Hoffmann, DVBl. 1957/603, (605 f); Menger, Verwaltungsrechtsprechung S. 282; Ruckriegel, DÖV 1958/531 (535).

4) Vgl. auch oben S. 11, Anm. 2.

5) Vgl. Hoffmann, a. a. O.; Ruckriegel, a. a. O.; Schunck-De Clerck, VwGO Komm., § 86 Anm. 2; Tietgen, a. a. O.; Dahlinger, a. a. O.; Gellrich, JR 1955/176; Arndt, JZ 1960/273; De Clerck, JZ 1960/13; BVerwG v. 9.12.1955 in DÖV 1956/442 = DVBl 1956/579; v. 3.4.1957 in NJW 1957/1489 = DVBl 1957/865 = BVerwGE 5/31; v. 9.10.1957 in DÖV 1958/59, ZMR 1958/242; BSG v. 24.10.1957 in NJW 1958/39 f; OVG Berlin v. 17.12.1954 in ZMR 1955/247 ff; württ. -bad. VGH v. 7.2.1952 in DÖV 1952/727.

Vgl. ebenso oben S. 11, Anm. 2.

Grundverhältnis abgestellt wird, die Beweislast gerecht verteilt werden kann. Tietgen und Dahlinger 1) kritisieren das Urteil des Bundesverwaltungsgerichts vom 18.4.1956 mit Recht vor allem deshalb, weil das Gericht die Beweislastverteilung nicht dem materiellrechtlichen Grundverhältnis entnehme. Dieser Grundsatz gelte aber auch im Verwaltungsprozess. Mit der Verteidigung des Verwaltungsaktes im Anfechtungsprozess begehre die Behörde die Anwendung der diesem zu Grunde liegenden Norm. Damit aber falle der Behörde die Beweislast für die Tatsachen zu, an welche die Norm die Rechtsfolge knüpfe 2). So hat denn auch der 5. Senat noch im selben Jahr 3) seine Meinung geändert. In dem Urteil vom 4.5.1956 wird richtigerweise der beklagten Behörde die Beweislast auferlegt, ein Ergebnis, das sich daraus erklärt, dass der Senat hier die Beweislast dem materiellrechtlichen Grundverhältnis entnahm. Es können damit schon jetzt alle die Verteilungsprinzipien ausgeschieden werden, die die Grundsätze über die Beweislastverteilung nicht dem materiellen Recht entnehmen. Aber die Vielfalt der Meinungen, die in diese letzte Kategorie einzureihen sind 4), zeigt deutlich, dass mit der Grundlegung des materiellrechtlichen Grundverhältnisses nur eine sehr allgemeine Erkenntnis gewonnen ist, aus der verschiedene Schlüsse, verschiedene Verteilungsprinzipien gefolgert werden können 5). Es mag zunächst genügen, die beiden ersten Kategorien auszuschalten. Die verschiedenen Verteilungsprinzipien, die vom materiellrechtlichen Grundverhältnis ausgehen, sollen aber hier nicht näher betrachtet

1) a. a. O.

2) Bettermann und Newerla versuchen (a. a. O.) das Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes zu rechtfertigen und meinen, dass die rechtswidrige Rechtsbeeinträchtigung des Anfechtungsklägers die materiellrechtliche Voraussetzung für den Erfolg der Anfechtungsklage sei. Aus dieser Rechtswidrigkeit und Rechtsbeeinträchtigung leite der Kläger sein Recht zur verwaltungsgerichtlichen Aufhebung des angefochtenen Verwaltungsaktes her. Folglich habe er die Beweislast zu tragen, für Tatsachen, aus denen sich die Rechtswidrigkeit und die Rechtsbeeinträchtigung ergeben. Diese Argumente vermögen jedoch das unbillige Ergebnis des Urteils nicht zu rechtfertigen und überzeugen nicht.

3) Urt. v. 4.5.1956 in DVBl 1956/685.

4) Vgl. S. 58 Anm. 5.

5) Verwiesen sei hier insbesondere darauf, dass viele auf die Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden, rechtsvernichtenden, rechtshindernden und rechtshemmenden Rechtssätzen abstellen und dann das allgemeine Verteilungsprinzip des Zivilprozesses anwenden, andere dagegen die Beweislastverteilung aus einem Ausnahme-Regel-Verhältnis entnehmen, wie es etwa in den neueren Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichts geschieht.

werden, bevor nicht ein eigenes Verteilungsprinzip entwickelt wurde.

4. Kapitel: Das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip im Verwaltungsprozess

I. DAS GEWONNENE ERKLÄRUNSPRINZIP

1. Versuchen wir nun, nach dem früher gewonnenen Erklärungsprinzip ein allgemeines Beweislastverteilungsprinzip für das Verwaltungsstreitverfahren aufzustellen. Dabei soll die gegenwärtige Parxis, nach der die Beweislast verteilt wird, zunächst ausser Acht gelassen werden. Nach dem gewonnenen Erklärungsprinzip hängt die Beweislastverteilung von dem Verhältnis der Werthaftigkeit der Prozesssubjekte und von ihrer Verhaltenswahrscheinlichkeit, die sich in den normativ bestimmten Vermutungen verbinden, ab. Dieses Wertverhältnis der Prozesssubjekte und die Verhaltenswahrscheinlichkeiten, die Verhaltensvermutungen müssen daher zunächst geklärt werden.
2. Gem. § 40 VwGO ist der Verwaltungsrechtsweg in allen öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nicht verfassungsrechtlicher Art 1) gegeben, soweit die Streitigkeiten nicht durch Bundesgesetz einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind. Eine öffentlichrechtliche Streitigkeit liegt dann vor, wenn der Streitgegenstand eine unmittelbare Rechtsfolge des öffentlichen Rechts ist 2). Ihr Gegensatz sind privatrechtliche Streitigkeiten, d. h. Streitigkeiten über rechtliche Beziehungen, die dem Privatrecht angehören. Der entscheidende Unterschied zwischen Privatrecht und öffentlichem Recht ist mit WOLFF 3) darin zu sehen, dass die Rechtssätze des öffentlichen Rechts nicht jedermann berechtigen und verpflichten, sondern notwendigerweise nur den Staat oder andere Träger öffentlicher Gewalt. Träger öffentlicher Gewalt sind der Staat (Bund und Länder), die Kirchen, die Gemeinden, andere öffentliche Anstalten und Körperschaften, immer also Verbände, die dem Einzelnen gegenüber befugt und in der Lage sind, ihre Anordnungen notfalls mit Zwang durchzusetzen.

Wenn die Begriffe öffentliche Gewalt und Durchsetzung mit Zwang auftauchen, erscheint das Verhältnis der Rechtsträger, die sich im Verwaltungsstreitverfahren gegenüberstehen, bereits umrissen; das Über- und Unterordnungs-

-
- 1) Der Begriff der öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art wird vom Gesetz auch in § 50 I Nr. 1 VwGO gebraucht. Er geht auf § 9 I c BVerwGG zurück. Über den Begriff der öffentlichrechtlichen Streitigkeiten allgemein, vgl. Art. 93 I Nr. 4 GG.
 - 2) Vgl. Eyermann-Fröhler, VwGO Komm., § 40 A I; Ule, VwGO Komm., § 40 II.
 - 3) Wolff, der Unterschied zwischen öffentlichem Recht und Privatrecht, AÖR 76/205 f; auch in: Verwaltungsrecht I, § 22, S. 78 ff.

verhältnis. Das Verhältnis, in dem der einzelne Bürger kraft seiner Unterwerfung unter die Gewalt des Staates oder einer sonstigen Gemeinschaft mit Hoheitsgewalt, zu dieser öffentlichen Gewalt oder deren Trägern steht, bestimmt die im Verwaltungsstreitverfahren anzuwendenden Normen 1). Es stehen sich Staatsautorität und Untertan gegenüber. Dies gilt insbesondere für alle Anfechtungs- und Verpflichtungsklagen. Freilich muss gesagt werden, dass in einem Verwaltungsprozess auch gleichgeordnete Rechtsträger streiten können, etwa im Rahmen der sogenannten "Parteistreitigkeiten". Diese sollen hier jedoch zunächst nicht behandelt werden.

Für den weiteren Verlauf der Untersuchung muss also festgehalten werden: als Beteiligte des Verwaltungsprozesses sollen zunächst nur der Staatsbürger auf der einen, und die Staatsgewalt auf der anderen Seite gesehen werden. Gemeint sind also hier nur Streitigkeiten, die auf einem Über- und Unterordnungsverhältnis beruhen, auf einem Verhältnis der Ungleichheit. Wie dieses Verhältnis im einzelnen beschaffen ist, gilt es zu klären.

II. DIE RECHTSTRÄGER IM VERWALTUNGSSTREITVERFAHREN

1. a) Hoheitsträger besitzen Machtbefugnis und sind berufen in das Gemeinschaftsleben ordnend und lenkend (durch Gesetzgebung und Verwaltung), bewahrend (durch die Gerichte) einzugreifen. Kraft ihrer Autorität setzen sie ihre Handlungen notfalls mit Gewalt durch. Das Staatsvolk und der Einzelne erkennen die Staatsgewalt an und unterwerfen sich ihr. Diese Anerkennung der Staatsgewalt und der Wille zum Staat kommen in der Verfassung zum Ausdruck. Hier wählt das Volk den Staat, die Staatsform der es sich unterwerfen will. Es setzt ein "Staatsidealbild". Der Akt, wodurch sich das Volk selbst zu einem Staat konstituiert, "eigentlich aber nur die Idee desselben, nach der die Rechtmässigkeit desselben allein gedacht werden kann, ist der ursprüngliche Kontrakt, nach welchem alle im Volk ihre äussere Freiheit

1) Die Subjektionstheorie verweist besonders auf das Über- und Unterordnungsverhältnis zur Abgrenzung von öffentlichem Recht und Privatrecht. Vgl. Eyer-mann-Fröhler, VwGO Komm., § 40 A I 1; RGZ 166/226; ebenso der BGH v. 13. 3. 1952 in Lindenmeyer-Möhring Nr. 10 zu § 13 GVG. Forsthoff, Verwaltungsrecht I, S. 90 sagt: "das öffentliche Recht ist grundsätzlich Subordinationsrecht". Der Subjektionstheorie hält die Interessentheorie entgegen, dass durchaus auch solche Rechtsverhältnisse öffentlichrechtlicher Art sein können, die auf einem Gleichordnungsverhältnis beruhen (etwa der Grenzenstreit zweier Gemeinden). Nach der Interessentheorie ist daher ein Rechtsverhältnis dann öffentlichrechtlicher Art, wenn die das Rechtsverhältnis beherrschende Rechtsnorm überwiegend den Interessen der Gesamtheit dient.

aufgeben, um sie als Glieder eines gemeinsamen Wesens sofort wieder aufzunehmen", sagt Kant 1). Der sich zur Verwirklichung seiner Aufgaben konstituierende Staat ist nach den Verfassungsprinzipien gebildet. Deshalb erkennt ihn der Bürger als Autorität an. Deshalb wird von den Handlungen und Akten des Hoheitsträgers vermutet, dass sie rechtmässig sind, dass das zuständige Organ gehandelt hat, dass erlassene Gesetze verfassungsmässig sind 2). Die Staatsautorität - auctoritas - im Gegensatz zur blossen Staatsgewalt, - potestas - wird vermutet. So erklären sich Rechtmässigkeits- und Zuständigkeitsvermutungen zu Gunsten des Staates 3). Es kann vom Staat vermutet werden, dass er immer für das Wohl aller handeln werde, dass alle seine Handlungen - schon abgeschlossene rechtmässig sind, zukünftige rechtmässig sein werden 4).

1) Kant, metaphysische Anfangsgründe der Rechtslehre, § 46.

2) Vgl. Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 20 IV 5 b, Randziffer 63; Giacometti, Allg. Lehren, S. 274: "Massgebend ist der Normwille der Behörden, also der Wille dieser Organe, die Normen gewissenhaft zu befolgen, ihnen in allen Fällen die Treue zu halten". Vgl. auch v. Hippel, Krise, S. 49, der sagt, dass mit einem Mindestmass des guten Willens beim "normalen Menschen" gerechnet werden könne, der nach den Erfahrungen der Gegenwart einzusehen vermöge, dass ebenso wie der Mensch auch sein Staat nicht willkürlich handeln darf.

3) Vgl. hierzu oben S. 52 ff; auch Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, S. 49 f.

4) Vgl. BVerfGE 4/157 ff; 3/233; interessant ist auch die Meinung von Arndt, das nichterfüllte Grundgesetz, S. 10 f, wo es heisst: "An die Illusion, dass alle Bürger insgeheim einen identischen Willen, oder dass eine Parlamentsmehrheit, weil sie Mehrheit ist, mit dem Charisma gesalbt sei, verfassungsgerecht zu handeln, und deshalb von jedermann Vertrauen fordern könne, an diese Illusion sollte doch im Ernst niemand mehr glauben. Trotzdem ist es der Überhang solcher Ideologien, der das Grundgesetz unerfüllt lässt, obwohl unsere Zeit sich verblendet glücklich preist, ideologiefremd zu sein". Ähnlich spricht auch Hamann, NJW 1959/1467 von "einer an Deutlichkeit nicht zu wünschen übrig lassenden Absage an die idealisierende Vorstellung der präsumptiven Verfassungsmässigkeit des Handelns der Gesetzgebung". Das demokratische Misstrauen zeige sich gerade darin, dass sich das Grundgesetz in Art. 93 Nr. 2, 94 II, 100, 126 für eine verfassungsrechtliche Kontrolle entschieden habe. Vgl. aber auch Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 20 IV 5 b Randziffer 63; Dürig nennt es eine "verfassungsrechtliche Fehlentwicklung, wenn im Verfassungsstreit permanent durch oft ganz vage Rechtsbehauptungen die ganze Argumentationslast denjenigen überbürdet wird, die das Gesetz anwenden wollen". Sicherlich sei gerade die Normenkontrolle der Verfassungsgerichtsbarkeit ein

Für einen Verwaltungsakt spricht die Vermutung der Rechtmässigkeit, weil die Erfahrung lehrt, dass eine Behörde im Rahmen einer rechtsstaatlichen Zuständigkeitsordnung aller Wahrscheinlichkeit nach rechtmässige Verwaltungsakte erlassen werde 1). Für Akte auf jeder Stufe spricht die Vermutung, dass sie den Normen der höheren Stufe entsprechen. Gegen diese Vermutung zu Gunsten behördlicher Akte haben sich Bachof 2) und Reissmüller 3) mit Entschiedenheit gewandt, jedoch zu Unrecht.

Wenn sie meinen, es könne von einer Rechtmässigkeitsvermutung von Verwaltungsakten nicht gesprochen werden, da diese ja bis zu ihrer Anfechtung ohnehin voll rechtswirksam seien, so muss gesagt werden, dass hier ja nur die Rechtmässigkeit von der Vermutung ergriffen wird. Und diese steht zunächst keineswegs fest. Sicherlich handelt es sich hier nicht um eine Beweisregel; aber Vermutungen sind nicht nur im Zusammenhang mit Fragen der Beweislast denkbar. Und wenn Bachof die "Vermutung der Gültigkeit von Verwaltungsakten" dahin auslegt, sie besage nur, dass auch fehlerhafte Akte bis zu ihrer etwaigen Vernichtung in vollem Umfang rechtswirksam seien, so unterstellt er der Vermutungsfolge etwas, was sie gar nicht aussagen will. Denn dies bedürfte in der Tat keiner Vermutung. Ule 4) sagt hierzu: "Denn auch nach dieser Lehre besteht eine Vermutung nur für die Gültigkeit, nicht aber für die Rechtmässigkeit eines fehlerhaften Verwaltungsaktes". Auch das BVerwG 5) spricht irreführend

Fortsetzung der Fussnote 4 von Seite 62:

klarer, positivrechtlicher Misstrauensbeweis, den sich die Parlamente selbst ausgesprochen hätten. Der Ausdruck "demokratisches Misstrauen" sei aber insofern bedenklich, als er die Meinung aufkommen lassen könnte, das Misstrauen gegen das Gesetz liesse sich rechtserheblich auf irgendwelchen anderen Wegen äussern und realisieren, als im Kontrollverfahren der Verfassungsgerichtsbarkeit. Das demokratische Misstrauen bewirke zwar, dass das Gesetz kontrollierbar sei, es bewirke aber nicht, dass prima facie das Gesetz erst einmal, gleichsam als "bösgläubig" (verfassungswidrig) angesehen werden müsse, bis der Gegennachweis geführt sei.

1) Z. B. Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 236 (2. Aufl.); Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, S. 48; BGHZ 4/10 (22) mit weiteren Nachweisen. Der BGH spricht allerdings hier undeutlich davon, dass alle "hoheitlichen Verwaltungsakte zunächst die Vermutung ihrer Rechtswirksamkeit in sich haben". (Besser: Rechtmässigkeit). Ebenso sprechen für die Vermutung Forsthoff, Verwaltungsrecht, S. 206 mit Anm. 3; Hamann, GG Komm., S. 27; Jellinek, Verwaltungsrecht, S. 268.

2) Bachof, JZ 1957/437.

3) Reissmüller, JZ 1959/646.

4) Ule, Komm., zur VwGO, § 86, Anm. 3 a, S. 247.

5) BVerwGE 1/69.

von einer "Vermutung der Gültigkeit". Gerade umgekehrt ist es aber. Ob ein Verwaltungsakt auch rechtmässig ist, wird durch die vorläufige Gültigkeit, die Rechtswirksamkeit nicht gesagt. Und gerade und nur das ist der Inhalt der Rechtmässigkeitsvermutung. Bachof scheint auch die provisorische Geltung des Verwaltungsaktes mit dem Ordnungswert zu verknüpfen. Dass der Rückgriff auf den Ordnungswert jedoch nicht genügt, zeigt sich unter anderem etwa auch in dem Gebot an die Adresse des Richters, den Akt jeweils so auszulegen, dass er der Deckungsnorm nach Möglichkeit entspricht.

Der Meinung von Bachof und Reissmüller schliesst sich Wolff in der 4. Aufl. seines Verwaltungsrechts 1) an, nachdem er noch in der 2. Aufl. 2) die gegenteilige Meinung vertrat. Jesch 3) sieht die Vermutung lediglich als Folge einer statistisch nachweisbaren Wahrscheinlichkeitsrechnung an, "ohne dass sich an sie rechtliche Folgen für den Zweifelsfall knüpfen könnten".

b) In diesem Sinne muss der Staat als Hoheitsträger einen bestimmten "Eigenwert" haben. Diese Werthaftigkeit ergibt sich aus der Verfassung selbst, und wird erst deutlich, wenn die Werthaftigkeit des Staates mit dem Eigenwert des Einzelindividuums in Beziehung gesetzt wird. Dies geschieht in der Verfassung.

2. a) Der Prozessgegner dieses Hoheitsträgers ist der einzelne Mensch, der Untertan, der Bürger. Auch seine Verhaltensweise kann nicht mit Sicherheit in der einen oder in der anderen Weise bestimmt werden. Für den Bereich staatlicher Akte konnte gesagt werden; der Staat soll so sein wie er in der Verfassung vorgezeichnet ist. Ob er tatsächlich so ist, kann nicht mit Bestimmtheit gesagt werden, es wird jedoch vermutet. Ebenso; ob der Mensch frei ist, oder nicht, und ob er sich freiheitsgemäss verhält oder nicht kann mit Sicherheit theoretisch nicht gesagt werden 4). Es muss mit der Möglichkeit normgerechten und normwidrigen Verhaltens gerechnet werden. Das Verhältnis zwischen Sollen und Sein stellt sich aber so her: das normgerechte Handeln wird als gesollt erkannt. Deshalb wird es vom Menschen angestrebt. Weil von jedem Menschen angenommen werden kann, dass er das tun wird, was er als gesollt erkannt hat, wird vermutet, dass er sich normalerweise spontan normgerecht verhalten wird 5). So verbindet diese Ver-

1) Verwaltungsrecht I, S. 264.

2) a. a. O. S. 236; vgl. auch ablehnend Deppe, Beweislast S. 87.

3) Jesch, die Bindung des Zivilrichters an Verwaltungsakte, S. 54 ff.

4) Vgl. Schneider, Prinzipien der Verfassungsauslegung, DÖV 1961/856.

5) Schneider, a. a. O. sagt: "da das freiheitsgemässe Verhalten gesollt ist, sollen wir uns an dieser Möglichkeit orientieren. während wir mit der gegenläufigen Möglichkeit zu rechnen habe; wir sollen die Möglichkeit des normentsprechenden Verhaltens vermuten".

mutung den Normbereich mit dem Wirklichkeitsbereich.

- b) Es kann also für den Einzelnen ein Ähnliches gesagt werden wie für den Staat: Sein Verhalten kann mit gewisser Wahrscheinlichkeit vorausgesagt werden 1). Er wird sich normalerweise spontan rechtmässig verhalten. Dies kann von ihm vermutet werden, davon ist zunächst bei Beurteilungen seines Verhaltens auszugehen. Das Spannungsverhältnis zwischen *libertas* und *auctoritas*, das im Verwaltungsprozess auftritt, wird damit deutlich: die Ausgangsvermutung zu Gunsten des Staates - in dubio pro auctoritate - steht der Ausgangsvermutung zu Gunsten des Einzelnen 2) - in dubio pro libertate - gegenüber. Wie ist im Fall des non liquet zu entscheiden? Aus den Verhaltenswahrscheinlichkeiten allein kann eine Entscheidung zu Gunsten der einen oder anderen Partei nicht erfolgen. Von dem Hoheitsträger wird mit dem gleichen Grad an Wahrscheinlichkeit gesagt, dass seine Akte rechtmässig sind, wie vom Einzelnen gesagt wird, dass er sich spontan normgemäss verhalten werde 3). Hier wird auch klar, welche Bedeutung diese vom Sollen, von den Normen her bestimmten Vermutungen haben, da eben erst im Bereich der normativbestimmten Wahrscheinlichkeitsannahmen die Antinomie zwischen *libertas* und *auctoritas* lösbar erscheint. Da die beiden Prozesssubjekte nun vom Sollen her und von der Wahrscheinlichkeit, das Gesollte zu tun, bestimmt sind, muss das Verhalten auf die Werthaftigkeit der Rechtsträger bezogen werden. Dies geschieht in der Verfassung. Wenn das Wertverhältnis von Hoheitsträger und Einzelnem aus der Verfassung erkannt wird, muss sich das Spannungsfeld zwischen der Vermutung zu Gunsten des Staates und derjenigen zu Gunsten des freien Einzelmenschen lösen lassen.

III. DIE WERTHAFTIGKEIT DER RECHTSTRÄGER NACH DEM GRUNDGESETZ

1. Jede Staatsidee bezieht sich auf das Verhältnis zwischen Individuum und Kollektivität. Sie verlangt eine bestimmte Art der Ausgestaltung dieses Verhältnisses 4). Das Grundgesetz bekennt sich in Art. 20 dazu, dass die Bundesrepublik Deutschland ein demokratischer und sozialer Rechtsstaat sei. Damit und im Zusammenhang mit dem Grundrechtskatalog ist die Entscheidung über die Ausgestaltung dieses Grundverhältnisses bereits gefallen. Bezieht sich die Entscheidung

1) Vgl. Finer, der moderne Staat, S. 1: "Keine Situation des Menschen, sei es die gegenwärtige oder eine zukünftige, kann mit irgendeiner Situation zu einer anderen Zeit oder an einem anderen Ort identisch sein. Wir können begreifen lernen, wie Menschen aller Voraussicht nach in einer gesellschaftlichen Organisation, die wir Staat nennen, handeln werden. Wir können zwar nicht das Gewisse, aber das Mögliche prophezeien".

2) Dürig, Menschenwürde, S. 123.

3) Vgl. oben S. 35 für den Strafprozess.

4) Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 1 f.

dung gegen die Monarchie (für die Republik) und für den Bundesstaat 1) mehr auf Bereiche staatlicher Organisation, so umschreiben die Grundsätze des "freiheitlichen, demokratischen und sozialen Rechtsstaats wesentlich das Verhältnis zwischen Staatsgewalt und dem Einzelnen.

Zwar ist das Wort Rechtsstaat in Art. 20 GG nicht ausdrücklich hervorgehoben; es ergibt sich jedoch aus dem Inhalt des Artikels, insbesondere aus der Teilung der Gewalten und dem Gesetzmässigkeitsgrundsatz, dass die Bundesrepublik Deutschland nach dem Vorstellungsbild des Grundgesetzes Rechtsstaat sein soll 2). Die materielle Komponente des Rechtsstaatsbegriffes ergibt sich heute (wenigstens vornehmlich) aus den Grundrechten 3). Was ist damit für das Verhältnis zwischen Hoheitsgewalt und Einzelem ausgesagt?

- a) Wie schon die Formulierung des Art. 1 I GG: "Die Würde des Menschen ist unantastbar" zeigt, ist als Grundlage dieses Verhältnisses ein Eigenwert des Menschen gedacht, als etwas immer Seiendes, unverlierbar und unverzichtbar immer Vorhandenes 4). Das Grundgesetz macht damit den sittlichen Wert der Würde des Menschen zum Rechtswert und zur Grundlage der gesam-

1) Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 20 I 2.

2) Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 20 IV 1.

3) Mit eindeutiger Begründung Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 20 IV 6, Randnr. 70 und 71. Auf die Diskussion über die verschiedenen Auffassungen vom Rechtsstaat, (insbesondere die technische, vertreten von Carl Schmitt und Forsthoff, und die materiale, vertreten etwa von Gerber, Bachof, Wolff, Schneider u. a.) kann in diesem Rahmen nicht näher eingegangen werden. Hierzu sei z. B. auf Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 92 mit Anm. 21 verwiesen, der eine zusammenfassende Übersicht über den Stand der Diskussion gibt. Vgl. auch die beiden Vorträge von Forsthoff und Bachof über Wesen und Begriff des sozialen Rechtsstaats in VVDStRL 12/8 ff und 37 ff.

4) Vgl. Dürig, Menschenwürde, S. 117; BVerfGE 2/1 ff; 6/32 ff (41); vgl. auch Loewenstein, Verfassungslehre, S. 336, der darauf hinweist, dass die Idee, dass es ausserhalb des Staates begründete Ansprüche des Einzelnen gäbe, ihre Wurzeln in der hellenistischen Philosophie der Stoiker (Panaetius und Cicero) habe: "das Naturgesetz, die Vernunft, die Gleichheit, und die Würde des Menschen sind Werte, die über dem Staat und ausserhalb seiner Reichweite stehen". Coing, oberste Grundsätze, S. 34, 39 f. betont leidenschaftlich, dass der Einzelne "einen unvertauschbaren Eigenwert besitze". Vgl. auch Coing, Rechtsphilosophie, S. 133. Kägi, Demokratie und Rechtsstaat, S. 135 spricht davon, dass auch die "oberste Instanz an die Grundwerte des Rechtsstaates" gebunden sei.

ten Verfassung 1). Die Menschenwürde wird in ihrer positivrechtlichen Bedeutung zu einer höchstrangigen, aktuellen Norm des objektiven Rechts und entfaltet ihre Bedeutung vor allem darin 2): für die systematische Betrachtung des modernen Rechtsstaats handelt es sich darum, dass die Grundrechte das fundamentale Verteilungsprinzip enthalten, auf dem der konsequent durchgeführte bürgerlich - freiheitliche Rechtsstaat beruht. Die Menschenwürde liefert den wertausfüllenden Masstab für alles staatliche Handeln, bestimmt und beschränkt Staatszweck und Staatsaufgabe ebenso wie die Legitimität von Staat und Recht aus den Werten personaler Ethik 3). Dann muss aber aus den Grundrechten zu aller erst dies entnommen werden: die Befugnisse des Staates sind prinzipiell begrenzt, die Freiheitssphäre des Menschen ist prinzipiell unbegrenzt 4). Der Wertanspruch des Einzelnen kann daher nicht dar-

-
- 1) Vgl. Hamann, GG Komm., S. 33; auch BVerfG E 6/32 ff; Vgl. auch das SRP - Urteil des BVerfG v. 23.10.1952 (BVerfG E 2/1 ff) wo gesagt wird: "Dieser Grundordnung liegt letztlich nach der im Grundgesetz getroffenen verfassungspolitischen Entscheidung die Vorstellung zu Grunde, dass der Mensch in der Schöpfungsordnung einen eigenen, selbständigen Wert besitzt und Freiheit und Gleichheit dauernde Grundwerte der staatlichen Einheit sind. Daher ist die Grundordnung eine wertgebundene Ordnung". Ebenso Wintrich, Grundrechte, S. 29, 31, nach dem das Grundgesetz eine "wertgebundene Ordnung aufgerichtet hat, die die öffentliche Gewalt begrenzt. Es bestimmt also nach letztmassgeblichen Wertgesichtspunkten und Ordnungsprinzipien, wie sich das Gemeinschaftsleben gestalten soll".
 - 2) Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 1 I Randnr. 15; Bachof, Reflexwirkungen, S. 301 spricht vom "Primat der menschlichen Persönlichkeit und der menschlichen Freiheit. Ebenso Bachof in VVDStRL 12/37 ff.
 - 3) Hier weist Dürig, in Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 1 I, 7 a Anm. 2 mit Recht darauf hin, dass man sich hier nicht um die Begriffe für dieses Wertsystem streiten sollte. Es könne genauso gesagt werden, dass Art. 1 I das "Naturrecht neuzeitlicher Prägung rezipiert habe". Vgl. auch Bohne, Naturrecht und Gerechtigkeit, Festschrift für Lehmann, 1956 S. 31. Wesentlich ist also die Tatsache, dass sich das Grundgesetz an dem Grundwert der sittlichen Würde des Menschen orientiert und so ein Wertverhältnis zwischen Staat und Einzelem und zwischen den Einzelnen untereinander aufstellt.
 - 4) Vgl. Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 158, 181; Schmitt weist darauf hin, dass der antike Staat keine Freiheitsrechte kannte, weil eine private Sphäre mit einem selbständigen Recht gegenüber der politischen Gemeinschaft undenkbar erschienen sei und der Gedanke einer Freiheit der Einzelnen, die von der politischen Freiheit des Volkes und Staates unabhängig wäre, als absurd, unmoralisch und eines freien Mannes unwürdig betrachtet worden sei. Ähnlich der Hinweis Schneiders, in dubio pro libertate, S. 269, Anm. 29. Vgl. auch Schnei-

auf gerichtet sein, ihm durch Tun diesen Wert zu verschaffen, vielmehr ist er zunächst reiner Unterlassungsanspruch. Er geht auf "Nichtantasten" und damit auf Achten der Menschenwürde 1). Damit wird der moderne Rechtsstaat zum Schützer der Grundrechte, der Freiheit, und er ist seinem Wesen und Sinn nach nicht der Herr des Menschen, sondern sein Diener 2). Der Sinn unseres Rechtsstaates ergibt sich aus dem personalen Eigenwert des Menschen. Der Staat ist für den Menschen nicht das Ziel, nicht der gleichsam zu "erreichende Himmel" 3). Er ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen 4), und der Mensch darf nicht zum bloßen Objekt staatlichen Handelns gemacht werden 5).

Fortsetzung der Fussnote 4 von Seite 67:

der, Ausnahmezustand, S. 104; er sagt dort - in der Erkenntnis, dass Menschenwürde nur in der Freiheit existieren kann - in geradezu dramatischer Weise:

"Die Freiheit ist das Unberechenbare, Abgründige, von dem sich das Begrenzte, Mass und Umriss besitzende abhebt. Sie ist das Absolute, dem gegenüber alles andere relativ erscheint. Sie ist das Absolute, das den 'Bürgerlichen Relativismus', den bürgerlichen Gedanken der Vielheit von ökonomischen und geistigen Kräften trägt". Ähnlich auch Bloch, der Doppelcharakter der individuellen Freiheitsrechte als Schutz des Einzelnen und als institutionelle Garantie, S. 1; Maunz, Staatsrecht, S. 77; v. Hippel, Krise, S. 52.

- 1) Vgl. BVerfGE 1/97 (104): "Wenn Art. 1 I GG sagt, die Würde des Menschen ist unantastbar, so will er sie nur negativ gegen Angriffe abschirmen". So auch Dürig, a. a. O.; Marcic, Gesetzesstaat, S. 305; Maunz, Staatsrecht, S. 77; Carl Schmitt, verfassungsrechtliche Aufsätze, S. 207. Dort heisst es: "Freiheit ist Freiheit vom Staat. Sie ist Recht im negativen Sinne, Ausdruck des status negativus (so die allgemein angenommene Prägung von Georg Jellineck). Aus der Freiheit können nur negatorische, d. h. Abwehransprüche entstehen, wenn sie verletzt wird".
- 2) Mit Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 163 können die Grundrechte, da sie ihrer Substanz nach keine Rechtsgüter sind, als "Sphären der Freiheit" bezeichnet werden.
- 3) v. Hippel, Krise, S. 52.
- 4) Maunz, Staatsrecht, S. 77; vgl. auch Art. 1 I des Grundgesetzentwurfes des Verfassungskonvents auf Herrenchiemsee, S. 61, wo es hiess: "Der Staat ist um des Menschen willen da, nicht der Mensch um des Staates willen". Vgl. auch Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit S. 92.
- 5) Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 1 Randnr. 28; vgl. auch Kant, Grundlegung, S. 52: "Der Mensch und überhaupt jedes vernünftige Wesen existiert als Zweck an sich selbst, nicht bloss als Mittel zum beliebigen Gebrauche für diesen oder jenen Willen, sondern muss in allen seinen, sowohl auf sich selbst als auch auf andere vernünftige Wesen gerichteten Handlungen jederzeit zugleich als Zweck betrachtet werden". Vgl. auch v. Hippel, a. a. O.

Der moderne Rechtsstaat hat nichts mehr von dem allmächtigen "Leviathan" 1) als Endziel des menschlichen Lebens und menschlicher Ordnung. Er ist aber auch nicht derjenige, den Hegel als "die Grundlage und den Mittelpunkt der anderen konkreten Seiten des Volkslebens" bezeichnet hat 2). Der Staat des Grundgesetzes ist nicht Selbstzweck und trägt seine Rechtfertigung nicht in sich 3). Seine Stellung ist zu einer im wesentlichen funktionellen geworden. Das Grundgesetz entwirft die Grundvorstellung des Menschen, um dessen Willen der Staat da ist. Dürig 4) versucht die Menschenwürde zu definieren und kommt so zu folgender Grundvorstellung des Menschen: "Jeder Mensch ist Mensch kraft seines Geistes, der ihn abhebt von der unpersönlichen Natur und ihn aus eigener Entscheidung dazu befähigt, seiner selbst bewusst zu werden, sich selbst zu bestimmen, und sich und die Umwelt zu gestalten 5).

So ist für das Grundverhältnis zwischen Staat und dem Einzelnen die Entscheidung nach dem Grundgesetz zu Gunsten des Einzelnen gefallen. "Im Anfang wie am Ende" steht die sittliche Würde des Menschen 6). Staatszweck, Staatsmacht, der Umfang der staatlichen Handlungen werden an diesem Eigenwert des Menschen gemessen, erfahren darin Begrenzung und Berechtigung. Dürig 7) spricht von der "Ausgangsvermutung zu Gunsten des Men-

-
- 1) Vgl. Schneider in AÖR 43/3 f., wo er auf Hobbes (Leviathan) verweist: "Diese Macht, der grosse Leviathan, oder wenn man lieber will, der sterbliche Gott, dem wir unter dem ewigen Gott allen Frieden und Schutz zu verdanken haben, ist charakterisiert als höchste Gewalt, welche alle Gewalten in sich schliesst".
 - 2) Vgl. das Zitat bei Radbruch, Rechtsphilosophie, 4. Aufl. S. 149.
 - 3) Hamann, GG Komm., S. 20 f. spricht davon, dass der "Staat des Grundgesetzes nicht mehr zu herrschen habe, sondern zu dienen". Dies folge einmal aus der in Art. 1 I S. 2 ausgesprochenen Verpflichtung aller Staatsgewalt, die Würde des Menschen zu achten und zu schätzen, sowie weiter aus dem Bekenntnis zum Rechtsstaatsgedanken in den Art. 20 und 28 GG.
 - 4) Vgl. Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 1 II 1.
 - 5) Ähnlich Wintrich, Grundrechte, S. 8, 13; Wintrich, Auslegung, S. 1 f; Wintrich in bay. Verw. Bl. 1958/100; vgl. auch Marcic, Gesetzesstaat, S. 313 ff.
 - 6) Marcic, a. a. O. S. 308; "Zu aller erst geht es immer um das Wohl und das Heil des jeweiligen, konkreten Einzelmenschen"; vgl. auch Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaats, VVDStRL 12/38.
 - 7) Dürig, in Maunz-Dürig, GG Komm., Art. 1 I S. 10; ähnlich Marcic, Gesetzesstaat, S. 319; Schneider, in dubio pro libertate, S. 269. In diesem Zusammenhang erscheint jedoch die Ausgangsvermutung zu Gunsten des Menschen insofern undeutlich, als die Würde des Menschen ja gerade nicht vermutet wird, sondern zum Grundwert der Verfassung gemacht wird. Vermutet wird also nicht der Grundwert, sondern, dass der Träger der Menschenwürde, des Grundwertes, sich diesem Wert gemäss und damit rechtmässig verhalten werde.

schen".

Hier gilt es noch die Verbindung herzustellen zwischen der grundsätzlichen Höherbewertung, der Freiheit des Einzelnen auf der einen Seite und dem Vorrang des bonum commune auf der anderen: die Gemeinschaft ist der geeignete Weg, auf dem der Einzelne zu seinem irdischen Wohl gelangt. Er hat sich deshalb mit seinen Eigenzwecken dem Gemeinwohl unterzuordnen. "Weil das Heil und das Wohl des Einzelmenschen", sagt Marcic 1), "gleichsam im Gemeinwesen entwickelt wird, steht das Gemeinwohl über den privaten Zwecken des Individuums; nicht jedoch deshalb, weil etwa die Gemeinschaft ein vom Einzelmenschen unabhängiges und höherwertiges, mit einem Selbstzweck ausgestattetes Wesen wäre". Hier wird klar, dass sich der Vorrang des bonum commune und die grössere Werthaftigkeit des Einzelmenschen nicht entgegenstehen. Sie schaffen insofern kein antinomisches Verhältnis, als sie verschiedenen Bereichen angehören: das bonum commune, das Wohl aller, liegt auf dem Gebiet der Lebenserhaltung, der Lebensermöglichung, liegt im Bereich der Mittel 2). Hier gilt der Vorrang des allgemeinen Interesses 3). Im Bereich des "Endzweckes" 4) dem letztlich essentiellen Bezirk menschlichen Seins, ist der Vorrang des Individuums nicht zweifelhaft.

Wenn also von einem Über- und Unterordnungsverhältnis gesprochen wird, das den Verwaltungsprozess beherrsche, so ist damit jeweils ein zweifaches verstanden: die Überordnung der Gemeinschaft auf dem Gebiet der Mittel, und die Überordnung des Individuums im Bereich des Endzweckes.

- b) Diese Grundentscheidung des Grundgesetzes zu Gunsten der Freiheit des einzelnen Menschen hat nicht zur Folge, dass die Autorität des Staates gelegnet wird. Mensch sein heisst Aufeinanderangewiesensein 5). Und wenn auch die Freiheit der Einzelnen als die Grundvoraussetzung der Würde des Menschen im rechtsstaatlichen System da steht, wo im absolutistischen Staat der Fürst, wo im demokratischen System das Volk steht: dennoch, diese Freiheit ist an der Freiheit der anderen begrenzt und setzt selbst jene Autorität, die darüber zu wachen hat, dass keiner die Freiheit des anderen verletzt 6). Sie ist nicht das chaotische Prinzip des Alles-Tun-Dürfens im Gegensatz zu staatlicher Ordnung. Sie enthält vielmehr die Kraft zur Ordnung,

1) Marcic, a. a. O. S. 306.

2) Marcic, Gesetzesstaat, S. 310.

3) Vgl. auch übereinstimmend die Beweislastverteilung bei den Sozialansprüchen, unten S. 72.

4) Marcic, a. a. O.

5) Marcic, a. a. O., S. 303.

6) Vgl. Jaspers, vom Ursprung und Ziel der Geschichte, S. 156 ff.

die regulierende Kraft zwischen den Einzelwillen in sich 1). Damit wird die Autorität des Staates aus der Freiheit abgeleitet, und nicht die Freiheit steht im "Schutz und Schatten des Staates" 2). Die Souveränität der Freiheit als der Grundlage jeglicher Menschenwürde begrenzt den Staat und die staatliche Autorität, relativiert ihn, misst ihn an der eigenen Absolutheit und begreift ihn als ihr Mittel 3).

2. a) Ist so also die Werthaftigkeit von Einzelmensch und Staatsgewalt in dem grundsätzlichen Vorrang der Menschenwürde und damit der Freiheit des Einzelnen festgestellt, so stellt sich nun die Frage nach den Grenzen der Staatsgewalt. Denn wenn die souveräne Freiheit eine Hoheitsgewalt anerkennt, so bestimmt sie auch ihre Grenzen.

b) Alle Handlungen des Staates sind daher notwendig begrenzt, und müssen daran orientiert sein, den sittlichen Werten der Menschenwürde und der Gerechtigkeit und damit der Freiheit zu dienen 4). Der Staat muss den For-

1) Wintrich, Grundrechte, S. 8; Stratenwerth, Verantwortung und Gehorsam, S. 63, Fussnote 31; vgl. auch Roellecke, Politik und Verfassungsgerichtsbarkeit, S. 82, der der Freiheit einen Doppelsinn zuweist: "Einmal kann sie das Können und Dürfen im Rahmen der Gesetze bedeuten, zum anderen die Möglichkeit, zwischen Wert und Unwert zu entscheiden;" vgl. auch Hartmann, das Problem des geistigen Seins, S. 163; ferner Bachof, VVDStRL 12/42, der von "sozialgebundener Freiheit" spricht.

2) Vgl. Schneider, Ausnahmezustand, S. 104; folgerichtig sagt Schneider weiter: "Wäre die Freiheit sich nicht der eigenen Kraft zur Ordnung bewusst, so wäre der Staat der alleinige Garant der Ordnung und damit gerade das, was er nicht sein soll: Höchstinstanz". Vgl. ferner Scheuner, die neuere Entwicklung des Rechtsstaates in Deutschland, S. 249: "Wo dieses Gefühl für Freiheit, wo der 'spirit of freedom' fehlt, wo statt dessen ein reines, individuelles Anspruchsdenken vorherrscht, da ist das Fundament des Rechtsstaates gefährdet".

3) Coing, Rechtsphilosophie, S. 197, sagt sehr deutlich: "Die soziale Gerechtigkeit hat da zu weichen, wo ihre Durchsetzung die Freiheit in der Gemeinschaft bedrohen würde. Die Freiheit ist das höhere Gut. Libertas innumerabilis est. Hier liegt also die absolute, unverrückbare Grenze, die die Rechtsidee der Gemeinschaft als Organisationsprinzip setzt".

4) Vgl. Wintrich, Grundrechte, S. 9 und 29; Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 175; "Aus der Absolutheit und prinzipiellen Unbegrenztheit der Freiheitsrechte des Einzelnen folgt nicht, dass Eingriffe und Einschränkungen völlig ausgeschlossen sind. Aber sie erscheinen als Ausnahme und zwar als eine berechenbare, nach Voraussetzung und Inhalt messbare und kontrollierbare Ausnahme"; vgl. BFH in BStBl 1955 III S. 133 und 1955 III S. 47; ebenso Hartung in NJW 1959/1900.

derungen gerecht werden, die sich aus dem Grundwert der Person, seiner gleichmässigen Geltung für alle und dem Eigenwert der Gemeinschaft ergeben. Dazu hat die Staatsgewalt jedenfalls eine Sphäre der menschlichen Freiheit zu sichern, "in der der Mensch als geistig und sittlich selbständiges und verantwortliches Wesen existieren und wirken kann, zugleich aber auch eine Absperrung dieser Freiheitssphäre zu setzen (durch Rechtssetzung), wie sie für die Gewährleistung der gleichen Freiheit für alle und die Notwendigkeiten der Gemeinschaft erforderlich ist" 1). Diese Sphäre der menschlichen Freiheit ist unantastbar. Der Staat vermag nicht in den Kern der Freiheit einzugreifen 2). Der Schutz der menschlichen Würde und Freiheit soll so verwirklicht werden, dass die Hoheitsgewalt bei der Erfüllung ihrer Aufgaben den Individuen grundsätzlich eine freiheitliche und gleiche Behandlung angedeihen lässt und ihre Macht nicht ihnen gegenüber missbraucht 3).

- c) So ergibt sich ein Wesentliches: alle Handlungen des Staates sind Ausnahmen von der freiheitlichen Regel 4). Als solche bedürfen sie jeweils einer Rechtfertigung, eines "Ausweises" 5). Hier stellt sich die Verbindung zum Prinzip der Gesetzmässigkeit der Verwaltung einerseits und der Lehre vom gesetzgeberischen Ermessen andererseits her. Die Rechtfertigung des staatlichen Eingriffs in die freiheitliche Regel - freilich, der Kern der Menschenwürde und Freiheit darf niemals angetastet werden - ist dann gegeben, wenn er auf einem Gesetz beruht. Das Gesetz selbst, das für die Schaffung und Aufrechterhaltung eines geordneten menschlichen Zusammenlebens, und damit für die Ausübung der Staatsgewalt notwendige staatliche

-
- 1) Vgl. Wintrich, Grundrechte, S. 8; ähnlich auch Radbruch, Lehrbuch der Philosophie, S. 353; BVerfG E 3/225; so auch der bayer. VGH in VGHE n.F. Bd. 4 Teil II S. 51 (58) im Anschluss an VGH E n.f. Bd. 3 Teil II S. 45 ff und Bd. 3 Teil II S. 18 (47).
- 2) Vgl. Marcic, Gesetzesstaat, S. 305; "Die Freiheit bedarf eines Ortes, an dem sie sich zu vollziehen vermag, sie braucht ein Gehege, innerhalb dessen sie sich bewegen kann; diesen Raum frei zu halten, ist die primäre Aufgabe des Staates". Sehr deutlich auch BVerfG E 6/32 (41).
- 3) Vgl. Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 2.
- 4) So auch Arndt, JZ 1960/273 f; vgl. auch Stratenwert, Verantwortung und Gehorsam, S. 103; "Jede Begrenzung der Grundrechte bedarf der Legitimation an der materialen Richtschnur, an der die Grundrechte selbst orientiert sind: An der Achtungswürdigkeit des Menschen".
- 5) Vgl. Bachof, Reflexwirkungen, S. 301; "Die staatliche Beschränkung der Freiheit bedarf einer besonderen Legitimation (ART. 2 I, 20 III GG)". Auch Jellinek, Allg. Staatslehre, S. 419; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 248; BVerwG v. 4. 5. 1956 in DVBl 1956/685; ebenso Reinhard-Scheuner, Verfassungsschutz des Eigentums, S. 94.

Recht, hat also die allgemeine Würde, den Eigenwert und die Freiheit der Menschen von vorn herein anzuerkennen und sicherzustellen 1). Damit erfährt aber der Ermessensspielraum des Gesetzgebers eine inhaltliche Begrenzung 2). Ein sachlicher Grund muss den gesetzlichen Eingriff legitimieren, der Eingriff muss also einem "sinnvollen Ziele dienen, das in einem übergeordneten Erfordernis der Gemeinschaft begründet ist" 3). Selbst dann aber darf sich der gesetzliche Eingriff nur als Einschränkung der Freiheit darstellen, die Menschenwürde und die Freiheit zur Persönlichkeitsentfaltung müssen im Prinzip aufrechterhalten bleiben 4). So ist das Ermessen des Gesetzgebers begrenzt. Er hat Art, Ausmass und Intensität der Freiheitsbegrenzung unter allseitiger Berücksichtigung der im konkreten Fall einander gegenüberstehenden Interessen und Werte abzuwägen und zu messen an dem Ausmass des Freiheitsraumes, der nach dem Eingriff übrig bleibt 5).

Nochmals: Die Wertordnung des Grundgesetzes stellt den Eigenwert des Menschen über den des Staates 6). Die freiheitliche Grundordnung, die Menschenwürde sind die Regel, von der jeder staatliche Eingriff, jede Handlung des Staates als Ausnahme erscheint. Deshalb braucht der staatliche Eingriff Legitimation.

IV. DAS VERHÄLTNIS DER WERTTRÄGER IM VERWALTUNGSSTREIT

1. Im Verwaltungsstreit wendet sich der Bürger gegen einen Eingriff des Staates mit der Anfechtungsklage, oder er fordert vom Staat etwas, von dem er behauptet, dass er ein Recht darauf habe, mit der Verpflichtungsklage, der Vornahmeklage, oder er begehrt die Feststellung des Bestehens oder des Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses mit der Feststellungsklage. Der Prozess soll klären, und er tut es in der Regel auch, ob der Eingriff des Staates gerechtfertigt war, ob der Staat dem Bürger das versagen durfte was er begehrt. So wird sich in der Regel aus den Gesetzen im Zusammenhang mit den tatsächlichen Feststellungen des einzelnen, konkreten Falles erweisen lassen, ob die Behörde etwa eine Baugenehmigung erteilen musste oder nicht, ob eine gewerberechtliche Konzession erteilt werden musste oder nicht, ob eine vorgenommene Enteignung rechtmäs-

1) Vgl. Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 2.

2) Wintrich, Auslegung, S. 6; ähnlich BVerfGE 8/16 und 3/133.

3) Wintrich, a. a. O.

4) Vgl. auch Wintrich, die Rechtsprechung des bayer. VGH in Recht, Staat, Wirtschaft, Bd. IV S. 156 f.

5) Wintrich, Auslegung, S. 7.

6) Vgl. Tietgen, DVBl 1957/87, der von dem "grundgesetzlich verbürgten Vorrang der Individualfreiheit vor den Interessen des Staates" spricht. Auch Bachof, Reflexwirkungen, S. 301.

sig war oder nicht. In allen diesen Fällen wird das Grundverhältnis der Eigenwerte von Staat und Einzelnem nicht von Bedeutung sein. Denn wenn die staatlichen Akte auf Gesetzen beruhen, wenn die zuständige Behörde gehandelt hat, kurz, wenn rechtsstaatliche Grundsätze nicht verletzt sind, und sich dies auch klar erweisen lässt, dann liegt ja die Grundsatzentscheidung schon darin begründet, dass es ein Gesetz gibt, das diesen oder jenen Eingriff erlaubt oder gebietet. Dann also scheint die Menschenwürde von vornherein gewahrt 1). Zwar erscheint auch hier der staatliche Eingriff als Ausnahme von der freiheitlichen Regel, jedoch beruht er auf Gesetz, und dies kann auch überzeugend nachgewiesen werden.

2. Anders im Falle der Unerweislichkeit, im Fall des *non liquet*: auf Grund der Unzulänglichkeit der menschlichen Erkenntnismittel kann nicht geklärt werden, ob die tatsächlichen Voraussetzungen eines staatlichen Eingriffes in gerade diesem konkreten Einzelfall gegeben sind. Der Zwang zur Entscheidung ist evident. Wer aber soll das Risiko der Unerweislichkeit der Tatsachen tragen müssen?
- a) Hier wird das Verhältnis der Werthaftigkeit der Prozesssubjekte bedeutsam. Erst hier tritt die Frage auf, wessen Interessen schutzwürdiger, wertvoller erscheinen. So werden wir auf die normativ bestimmten Ausgangsvermutungen zurückverwiesen. Im Bereich der Verhaltenswahrscheinlichkeit ist Gleichwertiges von beiden Werträgern zu vermuten: Der Staat wird aller Wahrscheinlichkeit nach rechtmässig handeln und gehandelt haben, der in Freiheit lebende Mensch wird spontan rechtmässig handeln 2). In dubio pro auctoritate kann auch so ausgedrückt werden: es ist zu vermuten, dass der Staat seine Grenzen nicht überschreiten wird und nicht überschritten hat. Dagegen steht die *Maxime*: in dubio pro libertate.

-
- 1) Ein anderes Problem ist es, dass der Staatsbürger dann immer noch die Möglichkeit hat, im Wege der Verfassungsbeschwerde die Nichtübereinstimmung des Gesetzes selbst, auf dem der staatliche Akt beruht, mit der Menschenwürde und dem freiheitlichen Prinzip zu rügen und zu behaupten. Diese Frage liegt aber ausserhalb des Verwaltungstreites.
 - 2) Man vergleiche auch die im Steuerrecht allgemein anerkannte Vermutung, dass vom Steuerpflichtigen gemachte Erklärungen der Wahrheit entsprechen. Diese Vermutung besitzt Beweiswert. So der BFH in BStBl 1955 III S. 133 und 1959 III S. 47. Im Steuerrecht wird jedoch ein Fall des *non liquet* sehr viel seltener eintreten, und damit eine Entscheidung nach der Beweislast sehr viel seltener vorkommen, da § 217 der Abgabenordnung die Möglichkeit der Schätzung eröffnet.

- b) Wir haben die Ausgangsvermutungen so verstanden, dass sie in ihrem Vermutungstatbestand, gleichsam als normativen Teil, von der Werthaftigkeit der Rechtsträger bestimmt sind. So konnten wir den Bereich der Normenrelation mit dem Tatsachenbereich verbinden. Im Fall des *non liquet* erweisen die Ausgangsvermutungen ihre konfliktlösende Kraft: In *dubio pro libertate* wird von dem Eigenwert des Menschen, von der Personwürde bestimmt. In *dubio pro auctoritate* enthält den Eigenwert des Staates als normenbestimmendes Element. Nach der verfassungspolitischen Grundentscheidung des Grundgesetzes kann an der "Präponderanz" der Freiheit, der Personwürde kein Zweifel mehr sein. Der Vorrang des Eigenwertes des Einzelmenschen, der Personwürde löst das *non liquet* 1).
3. Es wurde nach dem gewonnenen Erklärungsprinzip vorgegangen. Nach dem Gesagten ergäbe sich zunächst sehr einfach ein Verteilungsprinzip der Beweislast für den Verwaltungsprozess, das sich als ein Ausnahme-Regel-Prinzip darstellt: Das Prozessrisiko hat immer der Staat, die Hoheitsgewalt zu tragen. Dies folgte notwendig aus dem Wertverhältnis der in den Ausgangsvermutungen enthaltenen Eigenwerte der Rechtsträger. Ähnlich wie im Strafprozess ginge also die Unerweislichkeit von Tatsachen, seien sie nun für den Einzelnen oder für den Staat Voraussetzung einer anzuwendenden Norm immer zu Lasten des Staates, da jeder staatliche Eingriff sich als Ausnahme von der freiheitlichen Regel darstellen würde 2). Bei der Prüfung dieses Verteilungsprinzips wird sehr schnell klar, dass es, obgleich es in sehr vielen Fällen zu gerecht erscheinenden Ergebnissen führt, in dieser allgemeinen Form für den Verwaltungsprozess nicht verwendet werden kann. Die Überordnung des Individualinteresses vor dem Gemeinschaftsinteresse gilt nicht in allen Bereichen 3). Besonders deutlich wird dies etwa bei Prozessen auf Gewährung von Fürsorgeunterstützung, wo es unmöglich erscheint, dass der Staat das Prozessrisiko tragen soll für die Tatsache, ob ein Fürsorgefall vorliege oder nicht. Es erscheint daher geboten, das bisher gewonnene Verteilungsprinzip genauer auszugestalten.

1) Hier wird klar, wie recht Schneider, in *dubio pro libertate*, S. 289, hat, wenn er sagt: die Vermutung zu Gunsten des Einzelnen werde nicht durch die Vermutung zu Gunsten des Staates "paralysiert". Den Konflikt lösen nicht die Vermutungsfolgen, sondern die in den Vermutungstatbeständen enthaltene Wertrelation.

2) Vgl. hierzu Hoffmann, DVBl 1957/603, der von der "Ausdehnung der Eigensphäre" spricht. Auch Carl Schmitt, Verfassungslehre, S. 106.

3) Vgl. oben S. 69 f.

V. DAS SUBSIDIARITÄTSPRINZIP

1. Möglich für eine Modifizierung des bisher gewonnenen Beweislastverteilungsprinzips erscheint die Unterscheidung des Prozessbehrens des Einzelnen in der Form, ob er einen Eingriff in seine Freiheitssphäre abwehren will, oder ob er vom Staat eine bestimmte Leistung verlangt. Macht man sich klar, dass auch die Weigerung der Behörde, dem Anspruch des Einzelnen auf Erlass eines bestimmten Verwaltungsaktes eine unter Umständen unzulässige Freiheitsbeschränkung ist 1), so wird deutlich, dass die Fälle, in denen der Einzelne etwas, insbesondere eine Leistung, vom Staat verlangt, in der Regel Sozialansprüche sind. Versuchen wir das Verhältnis solcher Sozialansprüche zu den liberalen Abwehrrechten aus dem Prinzip der Menschenwürde zu verstehen.

2. a) Oberstes Konstitutionsprinzip des objektiven Rechts (Dürig, Wintrich) ist die Menschenwürde. Von der freiheitlichen Regel erscheint jeder staatliche Eingriff als Ausnahme. Die freiheitliche Regel beinhaltet aber ein Weiteres; Kraft des Eigenwertes und der Personwürde des in Freiheit lebenden Menschen wird von ihm vermutet, dass er normalerweise in der Lage sei, für sich selbst zu sorgen 2).

Der Träger jener umfassenden Menschenwürde ist nicht von Natur aus zur Erhaltung seiner Existenz auf fremde Hilfe angewiesen, sondern es macht gerade einen wesentlichen Teil seines Eigenwertes aus, dass er in der Lage ist, für seine Existenz selbst zu sorgen. Dürig 3) hat sehr eindringlich darauf hingewiesen, dass ebenso, wie das Grundgesetz von einem positiven politischen Freiheitsbegriff ausgehe, es den früher negativen ökonomischen Freiheitsbegriff in einen positiven verwandelt habe. Er spricht vom "status activus des Wirtschafters". "Die Sozialentscheidung des Grundgesetzes", so heisst es weiter, "würde ins Leere stossen, und zum rechtsdogmatischen circulus vitiosus führen, wenn gleichzeitig eine Entscheidung für unbeschränkte Freiheit des Individuums gefallen wäre". Der Freiheit ist Sozialität immanent und so wird die Unterscheidung des neuen Freiheitsbegriffes zum liberalen Freiheitsbegriff deutlich. Es herrscht die "sozialgebundene Freiheit". Dürig macht ebenfalls den sozialen status activus zum Be-

1) Vgl. Schneider, in dubio pro libertate, S. 278 mit Anm. 47; auch De Clerck, JZ 1960/13 ff.

2) Schneider, a. a. O. weist zutreffend darauf hin, dass dies keinen Rückfall in "altliberale Traditionen" bedeute. Ebenso sagt Hamann, GG Komm., S. 34, dass mit der Hervorhebung der "Freiheitlichkeit als eines tragenden Grundprinzips unseres Grundgesetzes keineswegs einer "liberalen" Färbung des Verfassungsrechts das Wort geredet werden soll. Das Grundgesetz sei weder "liberal" noch "sozialistisch" sondern eben rechtsstaatlich.

3) Dürig, JZ 1953/193 (196).

standteil der freiheitlichen Regel und reiht die Sozialität gem. Art. 20 GG, ebenso wie die Freiheit unter jene "Werte ein, die Art. 79 II GG mit Ewigkeitscharakter versehen hat". Da jener status activus oeconomicus jedoch nur im Sinne von Wahrscheinlichkeitsaussagen gefasst werden kann, kann gesagt werden: der status activus wird vermutet; und damit wird die Vermutung der Selbsterhaltung zu einem wesentlichen Merkmal der freiheitlichen Regel 1). Jeder Anspruch auf Hilfeleistung wird damit zur Ausnahme und es wird klar, dass der Sozialanspruch im Verhältnis zu den freiheitlichen Abwehrrechten subsidiär ist 2).

- b) Die Vermutung, dass der Mensch in Freiheit in der Lage ist, für sich selbst zu sorgen, prägt letztlich das Subsidiaritätsprinzip: jeder Lebens- und Rechtskreis soll alle Aufgaben in eigener Vollmacht und Initiative leisten, die er "aus seinem Wesen und Wirklichsein zu leisten vermag" 3). Der jeweils verwaltungsmässig übergeordnete Lebenskreis darf nur dann eingreifen, wenn der (verwaltungsmässig) untergeordnete Kreis die betreffenden Aufgaben aus eigener Kraft nicht mehr zu lösen vermag 4). So wird auch das geltende Fürsorgerecht, aus dem in aller Regel die Sozialansprüche entspringen, folgerichtig von dem Subsidiaritätsprinzip beherrscht 5), und geht davon aus, dass zunächst jeder Mensch dazu aufgerufen und in der Regel auch im Stande ist, die Angelegenheiten, die ihn bedrängen und beschäftigen selbst zu erledigen 6). Dass das Grundgesetz selbst, im Zusammenhang mit dem Recht

1) Vgl. Bachof, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12/45, der ausführt, dass die oft aufgeworfene Frage nach dem Rangverhältnis zwischen Freiheit und Sozialität schon in der Fragestellung verfehlt sei, da die Sozialbindung keine äussere Begrenzung der Freiheit, sondern ihr immanent sei.

2) Vgl. Schneider, in *dubio pro libertate*, S. 278 mit Anm. 49.

3) So Utz, Subsidiaritätsprinzip, S. 21; vgl. auch das "Apothekenurteil" des BVerfG in BVerfGE 7/377.

4) Maunz, Staatsrecht, S. 60; Vgl. auch W. v. Humboldt, Grenzen des Staates, S. 23, 29, 35, der in seiner Art ebenfalls das Subsidiaritätsprinzip verfiicht, wenngleich aus dem Geist des Liberalismus. Vgl. auch Dürig, JZ 1953/193(198).

5) Vgl. § 5 RGr. Ebenso Schneider, a. a. O. S. 279; Echelberg, Grundriss der öffentlichen Fürsorge, S. 12; Keese, öffentliche Fürsorge, S. 21; v. Hippel, Krise, S. 52, 56.

6) Vgl. Marcic, Gesetzesstaat, S. 429, der in diesem Zusammenhang ein sehr zutreffendes Beispiel aus der Hamburger Wochenschrift "Die Zeit" vom 9. 8. 1956 bringt. Unter dem Titel "der letzte freie Mensch" hiess es dort folgendermassen: "Die Behörden in Coesfeld und Münster wussten nicht mehr, was sie mit Bauer Dieker hätten anfangen sollen. Nicht etwa weil Bauer Dieker mehr Geld hätte wollen, sondern weil er vom Staat überhaupt kein Geld hatte wollen. "Ich lehne

auf freie Entfaltung der Persönlichkeit aus dem Prinzip der Menschenwürde unmittelbar das Recht auf Verschaffung und Erhaltung eines Existenzminimums ableitet, steht dieser Vermutung nicht entgegen 1). Es betont lediglich den sozialen Bereich des Prinzips der Menschenwürde. Die primäre Zuständigkeit des Menschen bei der Sorge um seine Existenz wird hierdurch nicht beseitigt, vielmehr betont 2).

- c) Unter der Herrschaft des Subsidiaritätsprinzips stellt sich also die freiheitliche Regel folgendermassen dar: Das Verhalten des Menschen wird durch seinen Eigenwert, seine Personwürde bestimmt. Wird von ihm vermutet, dass er sich spontan rechtmässig verhalten werde, so muss kraft seiner Personwürde in gleicher Weise vermutet werden, dass er für sein Fortkommen, seine Existenz aus eigener Kraft aufkommen könne und wolle. So schafft die freiheitliche Regel zweierlei Ausnahmen: Auf der Seite des Staates die Einschränkung der Freiheit, der Sphäre des Einzelnen als Ausnahme, auf der Seite des Bürgers die Ausdehnung der Eigensphäre, die Erweiterung der freiheitlichen Regel als Ausnahme 3). Die Ausnahme bedarf aber in jedem Falle der Legitimation. Maunz 4) weist zwar darauf hin, dass die Menschenwürde als solche auch durch Vorenthaltung des "menschenwürdigen, ökonomischen" Existenzminimums verletzt ist, und dass deshalb in der Rechtsprechung im Zusammenhang mit der Sozialstaatsklausel des Art.

Fortsetzung der Fussnote 6 von Seite 78:

es ab, das Kindergeld anzunehmen" sagte er, und schickte es zurück. "Ich verlange nichts vom Staat, der Staat soll mich in Ruhe lassen Durch das Geld wird unsere Ruhe und Zufriedenheit gestört und die Wünsche der Kinder steigen immer mehr. Was ich nicht mit meinen eigenen Händen erarbeitet habe, ist unrechtes Gut, über das ich dem Herrgott keine Rechenschaft ablegen kann", sagte der stolze Familienvater". Der Bauer Dieker hat sich den Sinn für rechte Rangordnung der Werte bewahrt. Der Mann weiss, ohne dass er es jemals gelernt hätte, über das Prinzip der Subsidiarität Bescheid.

- 1) Vgl. Schneider, a. a. O. S. 278 Anm. 49.
- 2) Vgl. Schneider in Fechner-Schneider, Verfassungswidrigkeit und Rechtsmissbrauch im Aktienrecht, S. 78; "das Verhältnis zwischen Freiheit und Bindung ist auch im wirtschaftlichen Bereich durch das Subsidiaritätsprinzip bestimmt".
- 3) Vgl. Hoffmann, DVBl 1957/603, der jeweils, also auch bei staatlichen Handlungen, von einer Ausdehnung der Eigensphäre spricht, was aber bei Grundlegung der freiheitlichen Regel nicht ganz glücklich erscheint. Denn wesentlich bei einem Akt des Staates ist nicht die Ausdehnung der staatlichen Sphäre, sondern die Einschränkung der freiheitlichen Regel. Auf sie muss jede Ausnahme bezogen werden.
- 4) Maunz, Staatsrecht, S. 95.

20 GG heute allgemein ein klagbarer Rechtsanspruch des unverschuldet Hilfsbedürftigen auf Gewährung öffentlicher Fürsorgeleistungen anerkannt werde 1). Dem ist voll zuzustimmen. Denn aus der Anerkennung eines grundrechtlichen Anspruches des Einzelnen auf Gewährleistung des Existenzminimums folgt keine Abschwächung des Subsidiaritätsprinzips. Dies erweist sich am Begriff des "unverschuldet Hilfsbedürftigen": die Regel ist, dass jemand sich selbst erhalten kann, für sich selbst sorgen kann. Kann er es ohne sein Verschulden nicht, hat er den Sozialanspruch gegen den Staat. Kann aber nicht erwiesen werden, ob er wirklich unverschuldet in diese Lage gekommen ist, so hat er, da er sich auf eine Ausnahme beruft 2), die Voraussetzungen der Ausnahme zu beweisen. Er muss beweisen, dass ihn kein "Verschulden" trifft.

3. Für die Verteilung der Beweislast ergibt sich aber dann folgendes: kann vermutet werden, dass jeder Einzelne in der Lage und willens ist, seine Existenz selbst zu schaffen und zu erhalten, und verlangt er in einem Prozess von dem Staat als der höheren Einheit Hilfeleistung innerhalb dieses Raumes, dann hat er, im Fall der Nichterweislichkeit der Tatsachen, die seinen Anspruch auf staatliche Hilfeleistung rechtfertigen oder die Versagung der Hilfeleistung für den Staat begründen würden, folgerichtig das Prozessrisiko zu tragen. Der höhere Rang der Personwürde wird dadurch nicht beeinträchtigt, denn gerade aus der Menschenwürde folgt ja das Subsidiaritätsprinzip 3). Dass das Prozessrisiko im Verwaltungsstreit, in dem es um Sozialansprüche geht, dem Einzelnen auferlegt wird, folgt aus der die Regel bildenden Vermutung der Existenzerhaltung. Macht der Einzelne einen Hilfeleistungsanspruch geltend, so beruft er sich auf

-
- 1) Vgl. BVerwG E 1/159; Schneider, in dubio pro libertate, S. 278, Anm. 49; Giacometti, Allgemeine Lehren, S. 1 ff. Giacometti spricht von "derjenigen staatlichen Fürsorge, die die menschliche Würde erfordert". Vgl. auch Bachof, VVDStRL 12/42.
 - 2) Die Regel ist also nach dem freiheitlichen Prinzip, dass jemand nur aus eigenem Verschulden in eine solche Lage gerät, weil eben vermutet wird, jeder könne aus eigener Kraft für sein Fortkommen sorgen. Oder es wird vermutet, dass dann, wenn jemand in eine solche Lage gekommen ist, dies auf eigenem Verschulden beruht. Da aber mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, jemand komme unverschuldet in eine Lage, in der er unterstützt werden muss, wird im Ausnahmefall der Grundrechtsanspruch gewährt.
 - 3) Hier erweist sich wieder die Unterscheidung in den Bereich der Mittel und in den Bereich des Endzweckes als bedeutsam (vgl. oben S. 69 f.). Der Vorrang des bonum commune im Bereich der Mittel wird in der Beweislastverteilung deutlich; bei Sozialansprüchen hat der Einzelne das Prozessrisiko zu tragen.

eine Ausnahme von dieser Regel und hat dafür die Beweislast zu tragen. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass dem Einzelnen Sozialansprüche nicht zustehen, "weil die Ausgangsvermutung dafür spricht, dass er auch wirtschaftlich der Lebenssituation gewachsen sei" 1). Dies entspricht dem Prinzip der Freiheit und Menschenwürde in gleicher Weise wie die Überbürdung der Beweislast auf den Staat und dem Prozess, in dem es um die Geltendmachung eines liberalen Abwehrrechtes geht.

VI. DAS ALLGEMEINE VERTEILUNGSPRINZIP DER BEWEISLAST

1. Nun kann ein sehr einfaches Beweislastverteilungsprinzip aufgestellt werden, das weder von der Klageart in Form der Anfechtungs-, Verpflichtungs-, oder Feststellungsklage abhängig ist, sondern das jeweils dem materiellrechtlichen Grundverhältnis entnommen ist:

Bei der Abwehr eines Eingriffes in die Freiheitssphäre des Einzelnen hat der Staat die objektive Beweislast zu tragen. Im Fall von Ansprüchen gegen den Staat, die dem Einzelnen nicht ohne weiteres zustehen, also bei Ausdehnung der Sphäre des Einzelnen, insbesondere bei Sozialansprüchen, hat der Bürger das Prozessrisiko zu tragen 2).

Oder ganz einfach: beruft sich eine Partei auf einen Rechtssatz, der sich als Ausnahme von der freiheitlichen Regel erweist, so hat sie für die Voraussetzungen dieses Rechtssatzes das Prozessrisiko zu tragen.

Dieses allgemeine Verteilungsprinzip erscheint für alle Fälle verwaltungsgerichtlicher Streitigkeiten anwendbar. Nicht herangezogen werden kann es zum Beispiel im Wahlprüfungsverfahren, das nach früher vielfach vertretener Auffassung als besondere Form der Verwaltungsgerichtsbarkeit angesehen wurde 3). Bei der Wahlprüfung geht es ja nicht so sehr um eine Kontrolle der Wahlbehörden. Sie bezweckt auch nicht in erster Linie den persönlichen Rechtsschutz des Einzelnen, sondern dient hauptsächlich objektiven Zwecken: der Gewährleistung eines gesetzmässigen Ablaufs der Wahl als dem fundamentalen Akt der gesamten Staatswillensbildung überhaupt und der Sicherung einer einwandfreien Zusammensetzung des Parlaments 4). Die Wahlprüfung hat somit wesentlich verfassungsrechtlichen Charakter 5). Dem entsprechend kann das allge-

1) So Schneider, in *ubio pro libertate*, S. 279.

2) Vgl. Schneider, a. a. O. S. 179, 288; Hamann, NJW 1959/1467, Fussnote 29.

3) Hatschek, DPrStR I S. 453, Karpenstein, Die Wahlprüfung und ihre verfassungsrechtlichen Grundlagen, insbes. S. 81 ff, 100.

4) Seifert, Komm. zum Bundeswahlges., Berlin und Frankfurt, 1957, S. 321.

5) Vgl. Schunck-De Clerck, VwGO Komm. § 42, 2 a)gg

meine Erklärungsprinzip der Beweislast im Verwaltungsprozess dort nicht angewandt werden, vielmehr muss die Beweislastverteilung für das Wahlprüfungsverfahren den Regeln über den Verfassungsprozess entnommen werden.

Immerhin kann beim Wahlprüfungsverfahren nicht übersehen werden, dass es dort, wie etwa auch im Bereich des besonderen Gewaltverhältnisses, nicht um das Verhältnis Staat - Einzelner geht. Der die Wahl Anfechtende wehrt sich nicht gegen einen staatlichen Eingriff. Nicht der status negativus ist Grundlage seines Angriffes, sondern der status activus. Es könnte etwa von einer Art "Insichprozess" des Staates gesprochen werden. Hierbei müsste wohl entgegen Karpenstein 1) davon ausgegangen werden, dass sich gerade in der Wahl das demokratische Prinzip 2), dem er vor dem Interesse an der Rechtssicherheit den Vorrang geben will, realisiert. Die Beweislast müsste hier richtigerweise dem Anfechtenden auferlegt werden, da sein Vorbringen, gemessen an der Realisierung des demokratischen Prinzips als Ausnahme gelten muss. Eine Überprüfung des allgemeinen Beweislastverteilungsprinzips ist weiter noch dahin erforderlich, ob es auch in Prozessen gilt, deren Parteien in einem sogenannten besonderen Gewaltverhältnis zueinander stehen 3), wenn also etwa ein Beamter vor dem Verwaltungsgericht einen Verwaltungsakt, der von seiner vorgesetzten Behörde gegen ihn erlassen wurde, anfechten will. Hier sei zunächst darauf hingewiesen, dass es sich um Verwaltungsakte handeln muss, so dass der gerade innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses grosse Kreis der innerdienstlichen Akte auszuklammern ist. Sonst wäre gem. § 40, 42 VwGO der Verwaltungsrechtsweg ohnehin nicht gegeben.

Die Frage nach dem Wertverhältnis der Rechtsträger erscheint hier von vorneherein anders, als der Beamte ja in einem besonderen Treue- und Aufopferungsverhältnis zum Staat steht, das nicht ohne weiteres mit der Stellung des "Normalbürgers" zum Hoheitsträger gleichgesetzt werden kann.

Wenn der Staat, der zugleich der Dienstherr des Beamten ist, jedoch als Hoheitsträger ihm gegenüber auftritt, wenn er ihn zum Beispiel durch Verwaltungsakt

1) Vgl. Karpenstein, a. a. O. S. 85, 101 ff.

2) Karpenstein, a. a. O. S. 65 f, 71, 85, verknüpft das "demokratische Prinzip" eng mit dem Begriff der Volkssouveränität. "Das Prinzip der Volkssouveränität ist der oberste Grundsatz jedes demokratischen Staates, das den Bürgern zuerkannte Wahlrecht, das wohl bedeutendste staatsbürgerliche Grundrecht überhaupt" (S. 77).

Aus dieser Verbindung von demokratischem Prinzip und Volkssouveränität folgert er dann, dass nicht "dem Bedürfnis nach Beibehaltung des einmal konstituierten Organes im Konfliktsfalle der Vorrang gebührt, sondern der Forderung, dass der Wille des Volkes in dem Vertreterorgan unbeeinträchtigt seinen Ausdruck findet" (S. 85).

3) Vgl. Forstthoff, Verwaltungsrecht, S. 114.

aus dem Beamtenverhältnis entlässt, oder ihn ernennt, oder eine Beförderung ausspricht oder verweigert, so wird er in der gleichen Weise hoheitlich tätig, wie wenn er etwa dem A die Erteilung der Baugenehmigung verweigert. Das besondere Treueverhältnis, das besondere Gewaltverhältnis entfaltet seine Wirkung nur in einem bestimmten internen Bereich. Für Hoheitsakte, die zwar das besondere Gewaltverhältnis betreffen, den internen Bereich aber sprengen und nach aussen auf die gesamte Rechtsstellung des Beamten wirken muss daher das gleiche Wertverhältnis gelten, wie zwischen Staat und "Normalbürger" und das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip auch hierfür anwendbar sein.

Soweit es sich um Akte innerhalb des besonderen Gewaltverhältnisses handelt, muss die besondere Stellung des Beamten aber wohl berücksichtigt werden, ein Problem, das bei einer Untersuchung des Verwaltungsverfahrens, insbesondere im Hinblick auf die Beweislastregelung bei Überprüfung innerdienstlicher Akte zu prüfen wäre.

Das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip gilt aber insbesondere ohne Unterschied für Anfechtungs-, Verpflichtungs- und Feststellungsklagen. Denn auch bei der Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses, oder der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, kann es für die Beweislast nur darauf ankommen, ob sich die für das Klagebegehren anzuwendenden Rechtsvorschriften als Ausnahmen von der freiheitlichen Regel darstellen 1).

Ebenso kann der Widerruf eines Verwaltungsaktes als solcher keinen Einfluss auf die Beweislastverteilung haben, sondern es ist nur darauf abzustellen, wie sich der widerrufene Verwaltungsakt zu der freiheitlichen Regel verhält 2). Zwei Einschränkungen sind allerdings zu machen:

- a) Gilt das Beweislastverteilungsprinzip auch für Ermessensentscheidungen?
- b) Inwieweit gilt es für die sogenannten Parteistreitigkeiten?

1) So hätte bei der Klage auf Feststellung der Nichtigkeit eines Verwaltungsaktes, der sich als Eingriff in die Freiheitssphäre des Einzelnen darstellt - dies kann aus dem materiellrechtlichen Grundverhältnis geklärt werden - der Staat das Prozessrisiko für die Voraussetzungen zu tragen, die die Rechtmässigkeit des Verwaltungsaktes bedingen. Umgekehrt wäre dem Bürger die Beweislast aufzuerlegen, wenn er etwa die Feststellung eines Fürsorgefalles begehrt und die Voraussetzungen nicht zur Überzeugung des Gerichtes nachgewiesen werden können.

2) Im Ergebnis zutreffend Deppe, Beweislast, S. 77 f. Nicht zutreffend jedoch für die Fälle, in denen der Bürger den Widerruf eines Verwaltungsaktes anstrebt. Hier weist Deppe dem Bürger immer die Beweislast zu (S. 80). Dies kann nach dem Gesagten nicht richtig sein.

2. a) Für den Bereich von Ermessensentscheidungen bedarf das gewonnene Verteilungsprinzip insofern einer Rechtfertigung, als ULE 1) darauf hinweist, dass es Sache des Antragstellers sei, zu behaupten, dass die Entscheidung trotz der Ermessensfreiheit rechtswidrig sei. Dann aber müsse ihn folgerichtig auch die Beweislast für diese Behauptung treffen 2).
- b) Das Verteilungsprinzip der Beweislast wurde aus dem Erklärungsprinzip abgeleitet. Grundlage des Erklärungsprinzips ist die Eigenwertrelation der Rechtsträger im Zusammenhang mit ihrem zu vermutenden Verhalten. Hierbei erwies sich die freiheitliche Regel als Grundprinzip, an dem sich die anderen Werte orientieren. So wurde der Eigenwert des Staates, der Gemeinschaft im Bereich des "Endzweckes" als unter dem sittlichen Wert der Menschenwürde stehend festgelegt. Daran kann auch die Einräumung eines besonderen gesetzgeberischen Ermessens nichts ändern 3). Wenn das Bundesverfassungsgericht 4) von dem "pflichtgemässen Ermessen des Bundesgesetzgebers" spricht 5), oder von einem "weiten Ermessenspielraum", so hat es gleichzeitig aber auch darauf hingewiesen, dass derselbe nicht "völlige Regelungsfreiheit" bedeute 6). Aus der grundsätzlichen "Präponderanz" der Freiheit, aus dem Wertsystem des Grundgesetzes ergibt sich eindeutig, dass das gesetzgeberische und jedes hoheitliche Ermessen 7) kein freies Ermessen ist, sondern notwendig begrenzt 8). Immer muss es nämlich an der freiheitlichen Regel orientiert sein 9). Haben wir das Prozessrisiko im Prozess, in dem es
- 1) Ule, VwGO Komm., S. 248 III 4; derselbe, Verwaltungsprozessrecht, § 50 II 4, S. 157; ebenso Dahlinger, NJW 1957/8; neuerdings auch Deppe, Beweislast, S. 75.
- 2) Schneider, a. a. O. S. 279, hat mit Recht darauf hingewiesen, dass die Bedeutung dieser Ansicht über den Bereich des Verwaltungsprozesses hinausreiche und insbesondere für den Verfassungsprozess bedeutsam sei, "weil das Bundesverfassungsgericht (2/282; 3/133; 4/155) im Zusammenhang mit dem Satz von der Rechtmässigkeitsvermutung zu Gunsten des Gesetzgebers die Lehre von einem besonderen gesetzgeberischen Ermessen verbindet.
- 3) Vgl. Schneider, a. a. O. S. 280; "Eines steht auf alle Fälle fest; das Grundverhältnis zwischen Freiheit und freiheitsbeschränkendem Gesetz ist durch die "Präponderanz der Freiheit gekennzeichnet".
- 4) BVerfG E 3/133 unter Verweisung auf BVerfG E 1/167 f.
- 5) BVerfG E 4/18 und 8/16.
- 6) BVerfG E 8/16.
- 7) Also das gesetzgeberische im Vergleich zum administrativen Ermessen.
- 8) Vgl. hier auch RGZ 154/153; 168/135 ff.
- 9) Wolff, Verwaltungsrecht I, S. 147 spricht davon, dass auch die "freiste Verwaltung im Rechtsstaat niemals völlig frei, sondern stets, wenngleich in oft weitem Rahmen, gebunden an das Rechtsprinzip sei, an die verfassungsrechtlichen Grundentscheidungen".

um staatliche Eingriffe in die Freiheitssphäre des Einzelnen geht, deshalb dem Staat auferlegt, weil sein Eingriff eine Ausnahme von der freiheitlichen Regel darstellt, so wird klar, dass es für die Beweislastverteilung nicht darauf ankommen kann, ob dieser staatliche Eingriff auf einer Vorschrift mit oder ohne Ermessensspielraum beruht. Stellt sich die Handlung des Hoheitsträgers als Eingriff in die Sphäre des Einzelnen dar, so hat in jedem Fall der Hoheitsträger die Beweislast zu tragen.

Das Gleiche gilt für die Sozialansprüche. Auch hier kann es für die Beweislastverteilung nicht darauf ankommen, ob der Staat seine Hilfe auf Grund einer Vorschrift mit oder ohne Ermessensspielraum versagt. Entscheidend ist allein das von der Vermutung, der Einzelne werde auch wirtschaftlich der Lebenssituation gewachsen sein, bestimmte Grundverhältnis. Und danach hat bei Sozialansprüchen und sonstigen Ansprüchen auf staatliche Hilfeleistungen immer der Einzelne die Beweislast zu tragen.

Ules Ansicht wird auf diese Weise klar widerlegt: das massgebliche Kriterium für die Verteilung der Beweislast ist das materiellrechtliche Grundverhältnis. Dessen Ausgestaltung und Eigenart wird vom Vorhandensein oder Nichtvorhandensein eines Ermessensspielraumes nicht berührt, sondern lediglich von dem Verhältnis der beiden Prozesssubjekte bestimmt. Jedes Ermessen, ob administratives oder gesetzgeberisches, wird ausserdem durch dieses Grundverhältnis bestimmt und begrenzt 1).

-
- 1) Schneider, a. a. O., S. 287 stellt dies sehr deutlich heraus: "Die Spanne des ihm (dem Gesetzgeber) eingeräumten Ermessens berührt die Eigenart des Grundverhältnisses nicht". Für das gesetzgeberische Ermessen führt er aus: "wenn nicht zu erweisen ist, dass ohne einen gesetzgeberischen Eingriff Gefahren für das öffentliche Wohl, die öffentliche Gesundheit, die Verkehrssicherheit entstehen, so entscheidet die Maxime in dubio pro libertate, die Vermutung, dass die Einzelnen sich spontan, ohne Zwang so verhalten, dass die Möglichkeit des friedlichen Zusammenlebens nicht gefährdet wird". Am Fall des non liquet, bei Entscheidungen nach den Beweislastregeln, wird sichtbar, dass die oft vorgetragene Skepsis in Bezug auf die verwaltungsgerichtliche Nachprüfung von Ermessensentscheidungen, - weil dort ja nur richterliches Ermessen an die Stelle von Verwaltungsermessen gesetzt werde -, unbegründet ist. Der Richter setzt nicht sein Ermessen an die Stelle des Behördenermessens, wenn er darüber zu entscheiden hat, ob staatliche Akte oder Begehren einzelner Bürger rechtmässig sind. Er orientiert die Grenzen des Ermessens an der freiheitlichen Regel. Das ist das richterliche Ermessen bei der Nachprüfung von Ermessensentscheidungen. Die Verwaltung betätigt ihr Ermessen zwischen den festgelegten Grenzen. Das richterliche Ermessen liegt insofern auf einer gänzlich anderen Ebene und es kann deshalb nicht gesagt werden, das Verwaltungsermessen werde bei der gerichtlichen Nachprüfung

So gilt das gewonnene Verteilungsprinzip der Beweislast auch für Ermessensentscheidungen, d. h. auch wenn der Staat seine Handlung auf sein "freies" Ermessen stützt und der Einzelne einen rechtswidrigen Gebrauch dieses Ermessens behauptet: im Bereich der liberalen Abwehrrechte hat stets der Staat, bei Hilfeleistungsansprüchen, Sozialansprüchen stets der Einzelne das Prozessrisiko zu tragen. Konnte die Frage der Ermessensentscheidungen im Rahmen dieses Abschnittes geklärt werden, so soll den "Parteistreitigkeiten" wegen ihrer Bedeutung innerhalb des Verwaltungsstreitverfahrens ein besonderer Abschnitt gewidmet werden.

VII. DIE SOGENANNTEN "PARTEISTREITIGKEITEN" UND DAS ALLGEMEINE BEWEISLASTVERTEILUNGSPRINZIP DES VERWALTUNGSPROZESSES

1. Wie bereits oben angedeutet hat die Verwaltungsgerichtsordnung mit der Öffnung des Verwaltungsrechtsweges für alle öffentlichrechtlichen Streitigkeiten nichtverfassungsrechtlicher Art, den Unterschied zwischen Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten aufgegeben 1). Eyermann-Fröhler 2) weisen jedoch mit Recht darauf hin, dass auch das neue Gesetz die Unterscheidung zwischen Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten dem Grundsatz nach anerkenne, wenngleich es den Begriff der Parteistreitigkeiten nicht erwähne, und auch keine besonderen Vorschriften für dieses Verfahren enthalte. Dies ergebe sich insbesondere aus den Vorschriften der §§ 40, 42, 43 VwGO. In der Tat muss die klare Abgrenzung der Anfechtungsklagen und Verpflichtungsklagen in § 42 VwGO und der Feststellungsklagen in § 43 VwGO aus der Generalklausel des § 40 VwGO dazu führen, dass der "restliche Teil" öffentlichrechtlicher Streitigkeiten, also diejenigen, die nicht unter die §§ 42 und 43 VwGO fallen, ohne Namen bleibt. Bei näherer Zusicht ergibt sich, dass dieser Teil identisch ist mit dem früheren Begriff der Parteistreitigkeiten 3). Der Ausdruck wird daher auch hier verwendet. Es bestehen daher keine Bedenken, wenn für die Begriffsbestimmung der Parteistreitigkeiten gelegentlich auf nicht mehr geltendes Landesrecht zurückgegriffen wird.

Fortsetzung der Fussnote 1 von Seite 84:

von Ermessensentscheidungen durch das richterliche Ermessen ersetzt.

Vgl. auch Ule, Verwaltungsprozessrecht, § 2 II 2, S. 9.

1) Vgl. Ule, VwGO Komm., § 40 III, S. 77.

2) Eyermann-Fröhler, VwGO Komm., § 40 Anm. 6 ff.

3) Das frühere Recht unterschied in § 22 I VGG Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten. § 22 I VO Nr. 165 wandelte diese Begriffe dann ab in die Unterscheidung zwischen Anfechtung von Verwaltungsakten und andere Streitigkeiten des öffentlichen Rechts. Vgl. auch § 15 I VGG Rhld.-Pfalz. § 85 I VGG legte den Begriff der Parteistreitigkeiten fest.

2. a) Die Bestimmung des § 85 VGG legte den Begriff der Parteistreitigkeiten dahin fest, dass darunter Streitigkeiten des öffentlichen Rechts zwischen gleichgeordneten Rechtsträgern zu verstehen seien 1). Ausschlaggebend erscheint also die Gleichordnung der Rechtsträger und so legt denn auch § 85 VGG die Gleichordnung fest und umschreibt sie näher: "Gleichgeordnet in einer Streitsache sind zwei Rechtsträger dann, wenn weder die Geltendmachung noch die Ablehnung des Anspruches durch einen der beiden Rechtsträger eine verbindliche Entscheidung über den Anspruch enthält". Ausschlaggebend ist für das Vorliegen einer Parteistreitigkeit allein, dass dem im Streit befangenen Rechtsverhältnis das Kriterium der Über- und Unterordnung fehlt, dass kein Beteiligter eine den anderen bindenden Entscheidung über den Streitgegenstand fällen kann 2).
- b) So erweist sich die Unterscheidung zwischen Anfechtungssachen und Parteistreitigkeiten letztlich darin, dass bei Anfechtungssachen das materiellrechtliche Grundverhältnis von dem Prinzip der Über- und Unterordnung, bei Parteistreitigkeiten vom Prinzip der Gleichordnung der Beteiligten bestimmt ist 3). Welche Folgerungen ergeben sich aus dieser Erkenntnis für die Beweislastverteilung?
3. Damit, dass das materiellrechtliche Grundverhältnis für alle Parteistreitigkeiten in Form der gleichen Werthaftigkeit im konkreten Fall bestimmt ist, ist die Beweislastverteilung bereits gegeben. Denn unter der Herrschaft der Gleichordnung erscheint nur die gleichmässige Verteilung der Beweislast gerecht, wir befinden uns im Fall der Parteistreitigkeiten in der Lage des Zivilprozesses. Bei Streitigkeiten im Bereich der Gleichordnung - mögen sie nun zwischen zwei Trägern öffentlicher Gewalt oder zwei Privatpersonen ausgetragen werden - muss das Prinzip der Beweislastverteilung gelten, wonach jeder die Voraussetzungen der für ihn günstigen Normen zu beweisen hat. Auch hier wieder würde die Beweislastverteilung dem materiellrechtlichen Grundverhältnis entnommen. Der wesentliche Unterschied, den die neue, bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung meint verschweigen zu können, liegt aber gerade in diesem Grundverhältnis, in dem die Eigenwertrelation der Beteiligten zum Ausdruck kommt, begründet.
4. So wird klar, dass das aus dem Über- und Unterordnungsprinzip im Zusammenhang mit der freiheitlichen Regel gewonnene allgemeine Beweislastverteilungs-

1) Vgl. Eyermann-Fröhler, Vgg Komm., § 85 und 22 A I 1.

2) Eyermann-Fröhler, a. a. O.; ebenso auch Eyermann-Fröhler, VwGO Komm., § 40 Anm. 6, 8; ferner Ule, VwGO Komm., § 40 III.

3) Zu den Parteistreitigkeiten gehören insbesondere die meisten Streitigkeiten aus öffentlichrechtlichen Verträgen, oder etwa Prozesse zwischen zwei Gemeinden über Wegebaukosten, über Gemeindegrenzen oder ähnliches.

prinzip für die Streitigkeiten nicht gelten kann, bei denen das materiellrechtliche Grundverhältnis vom Prinzip der Gleichordnung beherrscht ist. In diesen Fällen, die identisch sind mit denen der früheren Parteistreitigkeiten, muss die Beweislast nach dem allgemeinen Prinzip verteilt werden, dass jede Partei das Prozessrisiko für die Erweislichkeit der Voraussetzungen aller ihr günstigen Normen zu tragen habe. Insoweit muss also das gewonnene Verteilungsprinzip der Beweislast im Verwaltungsprozess eingeschränkt werden. Die grundsätzliche Zuweisung der Beweislast an den Staat, mit Ausnahme der Streitigkeiten über staatliche Hilfeleistungsansprüche, in denen der Einzelne das Prozessrisiko zu tragen hat, gilt nicht im Bereich der Gleichordnung, nicht für die sogenannten Parteistreitigkeiten. Hier trägt jede Partei die Beweislast für die Voraussetzungen der für sie günstigen Normen.

5. Kapitel: Die Rechtsprechung und Lehre im Verhältnis zu dem hier vorgeschlagenen Verteilungsprinzip

In Kapitel zwei und Kapitel drei wurde der gegenwärtige Stand von Rechtsprechung und Lehre zur Beweislast aufgezeigt, wobei die Kritik zunächst darauf beschränkt worden war, festzustellen, dass die richtige Beweislastverteilung allein aus dem materiellrechtlichen Grundverhältnis entnommen werden kann. Hier soll nun gezeigt werden, welche Ergebnisse in den angeführten Fällen nach dem hier gewonnenen Verteilungsprinzip erzielt werden.

I. DIE RECHTSPRECHUNG DES BUNDESVERWALTUNGSGERICHTES

1. In dem viel zitierten und noch mehr kritisierten Urteil des Bundesverwaltungsgerichtes vom 18.4.1956 ¹⁾, in dem die Regel aufgestellt worden war, dass bei der Anfechtungsklage jeweils der Kläger die Beweislast zu tragen habe, ging es um die Anfechtung eines Mietfestsetzungsbescheides. Gegen diesen Verwaltungsakt, der sich klar als Ausnahme von der freiheitlichen Regel erweist, erhob der Kläger Anfechtungsklage. Nach dem hier vorgeschlagenen Verteilungsprinzip hätte die Behörde das Prozessrisiko zu tragen, nicht der Kläger. Auf die Art der Klage und die Stellung im Prozess kann es nicht ankommen. Wesentlich ist nur, ob sich der Akt der Behörde als Ausnahme von der freiheitlichen Regel darstellt. Die Entscheidung ist allgemein kritisiert und für unrichtig gehalten worden ²⁾.

1) abgedruckt in BVerwG E 3/245 ff = DVBl 1956/682 = DÖV 1957/460 = NJW 1956/1214.

2) Mit Ausnahme von Bettermann (DVBl 1957/84) und Newerla, (NJW 1957/619).

2. Vertrat das Bundesverwaltungsgericht auch noch im Urteil vom 4. 5. 1956 1) die Ansicht, dass bei der Anfechtungsklage in der Regel der Kläger die Beweislast zu tragen habe 2), so wies es doch hier bereits die Beweislast der beklagten Behörde zu und begründete diese Abweichung von der aufgestellten Regel damit, dass es sich hier - bei der Alleinzuweisung des § 15 VI WBewG - um eine Ausnahme von der in § 15 I WBewG aufgestellten Regel der Auswahlzuweisung handle. Wer sich aber auf eine Ausnahmevorschrift berufe, müsse auch die Gefahr des Unterliegens tragen, wenn sich eine für ihre Anwendung erhebliche Tatsache nicht zur richterlichen Gewissheit feststellen lasse. Obwohl hier das Gericht die Beweislastverteilung aus dem materiellrechtlichen Grundverhältnis entnimmt 3), und damit ein auch nach dem hier vertretenen Verteilungsprinzip richtiges Ergebnis erzielt, erscheint doch die Begründung nicht befriedigend. Es kann nämlich nicht darauf ankommen, ob sich eine Rechtsvorschrift als Ausnahme von einer anderen Rechtsvorschrift darstellt, sondern lediglich darauf, ob der behördliche Akt als Eingriff in die Freiheit des Einzelnen und damit als Ausnahme von der freiheitlichen Regel anzusehen ist. Nur unter diesem Gesichtspunkt kann das Ausnahme-Regel-Prinzip jeweils zu einem richtigen Ergebnis führen.
 3. In den Entscheidungen vom 9. 12. 1955 4) und vom 10. 6. 1955 5) hatte das Bundesverwaltungsgericht dem Kläger die Beweislast zugewiesen, weil er die Beweislast für die "dennoch verbleibende Ungewissheit über die rechtsbegründenden Tatsachen" zu tragen habe 6). Erscheint diese Verteilung im Lastenausgleichsfall 7) auch nach unserem Verteilungsprinzip richtig (hier liegt eine Art Sozialanspruch vor, es wird vermutet, dass dem Einzelnen normalerweise kein Anspruch auf Lastenausgleich zusteht. Deshalb hat er das Prozessrisiko zu tragen), so erweist sie sich als falsch in den beiden anderen Fällen. Sowohl die Versagung der Erteilung des Flüchtlingsausweises, wie die Nichtberücksichtigung einer Beförderungsstufe bei der Pensionsberechnung stellen sich als Eingriff in die Freiheit dar, sind als Ausnahmen von der freiheitlichen Regel zu werten und sonach hat entgegen den Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes hier die beklagte Behörde das Prozessrisiko zu tragen.
-
- 1) BVerwGE 3/267 ff = DVBl 1956/685.
 - 2) Auch hier hätte mit dem vertretenen Beweislastverteilungsprinzip ein richtiges Ergebnis erzielt werden können, da sich hier der Akt des Staates ebenfalls als Ausnahme von der freiheitlichen Regel erweist.
 - 3) Vgl. Ruckriegel, DÖV 1958/531 ff.
 - 4) Urteil des 2. Senates, abgedruckt in DVBl 1956/335 und Urteil des 4. Senates, abgedruckt in DVBl 1956/577.
 - 5) NJW 1956/604.
 - 6) DVBl 1956/577; ebenso auch die Entscheidung vom 27. 1. 1956 abgedruckt in BVerwGE 3/110 (115); vgl. auch Deppe, Beweislast, S. 54.
 - 7) NJW 1956/604.

4. In neueren Entscheidungen ist das Bundesverwaltungsgericht immer mehr dazu übergegangen, die Beweislastverteilung dem materiellrechtlichen Grundverhältnis zu entnehmen und hat dabei - soweit bisher erkennbar - jeweils derjenigen Partei die Beweislast auferlegt, die sich auf eine Ausnahmenvorschrift beruft. Dabei gewinnt man jedoch den Eindruck, dass sich das Gericht mehr von der Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden Tatsachen und rechtsvernichtenden, rechtshindernden, rechtshemmenden Tatsachen leiten lässt 1). Nur in zwei Entscheidungen vom 29. 5. 1956 2) und vom 3. 4. 1957 3) zum Grundrecht der Freizügigkeit meint man die Ausrichtung an der allgemeinen "freiheitlichen Grundregel" zu erkennen. "Will der Staat", so heisst es in der Entscheidung vom 29. 5. 1956, "der - ihm in den Schranken des Grundgesetzes ohne weiteres offen stehenden - Ausübung des Rechts auf Freizügigkeit entgegengetreten, so ist dies zwar möglich. Im Gegensatz zur Ausübung als Regel ist die Einschränkung dieses Rechts aber als Ausnahme an bestimmte Voraussetzungen gebunden, die in Art. 11 II GG erschöpfend aufgezählt sind. Insoweit gilt im heutigen Rechtsstaat gerade auch in Ansehung der Staatsgewalt der Grundsatz, dass derjenige, der sich gegenüber der Regel auf die Ausnahme berufen will, deren Voraussetzungen darzutun hat, und dass insbesondere Voraussetzungen, von deren Vorliegen die ausnahmsweise Geltendmachung bestimmter, den Staatsbürger einengender Befugnisse abhängig ist, derjenige darzutun hat, der die fragliche Befugnis für sich in Anspruch nimmt". Diese Auffassung des Bundesverwaltungsgerichts kommt dem hier vertretenen Beweislastverteilungsprinzip schon sehr nahe und die beiden Entscheidungen erscheinen als voll zutreffend.
5. Die Entscheidungen des Bundesverwaltungsgerichtes im Bereich der Kriegsdienstverweigerungsfälle, insbesondere die Entscheidungen vom 24. 7. 1959 4) und 3. 10. 1958 5) hatten sich daher folgerichtig mit der Frage zu beschäftigen, ob das Recht zur Kriegsdienstverweigerung die Regel sei und die Wehrpflicht davon eine Ausnahme, oder ob umgekehrt die Wehrpflicht die Regel und das Kriegsdienstverweigerungsrecht als Ausnahme anzusehen sei 6). Wenn im Urteil vom 24. 7. 1959 die Beweislast für die Gewissensgründe dem Kriegsdienstverweigerer, hier also dem Kläger auferlegt wird, so könnte es scheinen, dass das Gericht den Zustand der Wehrpflicht als die Regel angesehen hat. Das Ge-

1) Vgl. etwa die Entscheidung des BVerwG in DÖV 1958/59.

2) BVerwG E 3/308 f.

3) BVerwG E 5/31 f.

4) JZ 1960/18 = DÖV 1959/706 = NJW 1959/1792.

5) BVerwG E 7/242 = JZ 1959/159 = DVBl 1959/587 = DÖV 1959/261.

6) Auf die ganze Tragweite der Kontroverse kann im Rahmen dieser Arbeit nicht eingegangen werden. Insoweit sei auf die beiden Aufsätze von De Clerck in JZ 1960/13 ff und Arndt, JZ 1960/273 hingewiesen.

richt hat sich aber hier unverständlicherweise von dem Ausnahme-Regel-Prinzip abgekehrt und gesagt, dass Grundrechte keine Ausnahmerechte seien und deshalb auch das Grundrecht des Art. 4 III GG gegenüber der Kriegsdienstpflicht nicht im Verhältnis der Ausnahme zur Regel stehen könne 1). Die Beweislast habe der Kläger deshalb zu tragen, weil er sich nicht im Sinne des Art. 4 III GG auf das Grundrecht der Gewissensfreiheit berufen könne, wenn er in Wahrheit keine Gewissensgründe zur Verweigerung des Kriegsdienstes mit der Waffe habe. Diese Begründung kann nicht befriedigen 2). Zwar mag es richtig sein, dass Kriegsdienstpflicht und Kriegsdienstverweigerung, wenn sie isoliert aufeinander bezogen werden, nicht in einem Ausnahme-Regel-Verhältnis stehen. Orientiert man sie aber an der freiheitlichen Grundregel, so wird klar, dass die Wehrpflicht sich als eklatante Ausnahme und als schwerer Eingriff in die Freiheitssphäre des Einzelnen darstellt. In diesem Zusammenhang kann also sehr wohl von einem Ausnahme-Regel-Verhältnis gesprochen werden und nach unserem Verteilungsprinzip hätte richtigerweise die Prüfungskammer das Prozessrisiko zu tragen, wenn sie zu keiner Überzeugung im Hinblick auf die Gewissensgründe des Kriegsdienstverweigerers kommen kann 3).

6. In der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichtes vom 17. 5. 1961 4) stellt das Gericht schliesslich fest, dass es für die Beweislast nicht auf rechtshindernde Tatsachen oder negative Tatbestandselemente ankomme, sondern darauf, wer sich auf eine Ausnahmenvorschrift berufe. So hat es richtig der Verwaltung das Prozessrisiko auferlegt, wenn nicht zu klären ist, ob eine Massnahme zur Beseitigung von Kriegspotential getroffen worden ist oder nicht. § 3 I Nr. 1 AbgG stellt insoweit eine Ausnahmenvorschrift dar. Dieses Ergebnis erweist sich auch nach dem hier entwickelten Prinzip als richtig.

7. So erscheint die neuere Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichtes im Hin-

- 1) Dies erscheint insbesondere dann richtig, wenn beachtet wird, dass das Recht zur Kriegsdienstverweigerung schon zu einer Zeit im GG verankert wurde, in der eine allgemeine Wehrpflicht noch nicht bestand. Vgl. auch BVerwG E 7/250.
- 2) Sicherlich kann sich jemand nicht auf das Grundrecht des Art. 4 III berufen, wenn er keine Gewissensgründe hat. Im Fall des non liquet bleibt ja aber gerade unklar, ob er Gewissensgründe hat. Und dann kann es eben nur heissen: in dubio pro libertate; es ist davon auszugehen, dass der Einzelne, wenn er vorbringt, Gewissensgründe zur Kriegsdienstverweigerung zu haben, sie auch wirklich hat.
- 3) Übereinstimmend Arndt, JZ 1960/273. Anderer Ansicht De Clerck, JZ 1960/13, der die Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts gutheisst; ebenso Deppe, Beweislast, S. 52.
- 4) DVBl 1961/827.

blick auf das entwickelte Beweislastverteilungsprinzip nur insoweit einer Kritik bedürftig, als betont werden muss, dass das Ausnahme-Regel-Prinzip nur dann zu richtigen Ergebnissen führen kann, wenn es als ein Prinzip im Sinne der freiheitlichen Grundordnung als massgeblicher Regel gesehen wird. Daran allein hat sich jede Ausnahme zu orientieren.

II. DIE ÜBRIGE RECHTSPRECHUNG

Die Ergebnisse der bereits erwähnten Entscheidungen des Oberverwaltungsgerichtes Münster 1), in denen eine Beweislastverteilung nach der jeweiligen Klageart gefordert wird, sind notwendigerweise im Hinblick auf eine Beweislastverteilung nach dem Ausnahme-Regel-Prinzip, dem die freiheitliche Regel zu Grunde liegt, nur teilweise richtig und nur im Sinne einer zufälligen Übereinstimmung. Zutreffend hat das Oberverwaltungsgericht dem Kläger die Beweislast für die Zugehörigkeit zum Personenkreis des § 1 BWGöD 2) sowie für den Tatbestand des § 8 I S. 2 BWGöD zugewiesen. Dies gilt jedoch auch für einen Ausschlussgrund nach §§ 8 I S. 1, 8 II und 31 BWGöD. Denn eine Zuweisung der Beweislast an die Wiedergutmachungsbehörde, wie sie das Oberverwaltungsgericht vornimmt, erscheint deshalb nicht gerechtfertigt, weil diese Bestimmungen sich lediglich als Ausnahmen von §§ 1, 2, 5 BWGöD darstellen, nicht jedoch als Eingriff in die Freiheitssphäre und damit als Ausnahme von der freiheitlichen Regel. Der Einzelne macht im Falle des Wiedergutmachungsanspruches kein Abwehrrecht geltend, sondern eine Art Sozialanspruch, einen Hilfeleistungsanspruch. Dieser stellt sich für ihn nicht als Abwehr eines Eingriffes in eine ihm selbstverständlich zustehende Sphäre dar, sondern als Beanspruchung einer ihm normalerweise nicht zustehenden staatlichen Leistung. Dann aber hat derjenige, der sich darauf beruft, es auch zu beweisen 3). Interessant erscheint in diesem Zusammenhang auch der Bescheid des Oberverwaltungsgerichtes Münster vom 11. 3. 1960 4). Hier hat das Gericht die Verteilung der Beweislast nach der Klageart offenbar aufgegeben 5) und orientiert

1) Beschl. vom 25. 2. 1955 in DVBl 1955/670 und Beschluss vom 19. 10. 1956 in DÖV 1957/91; ähnlich Tietgen, Schlusswort, DVBl. 1957/86 ff.

2) Gesetz zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes vom 18. 3. 1952 (BGBl I S. 137) in der Fassung gem. Art. II des dritten Änderungsgesetzes zur Regelung der Wiedergutmachung nationalsozialistischen Unrechts für Angehörige des öffentlichen Dienstes vom 23. 12. 1955 (BGBl I S. 820).

3) So auch Deppe, Beweislast, S. 53 f.

4) NJW 1960/1412.

5) Damit sind Mengers Einwände in Verw. Arch. 1958/281 gegen die Rechtsprechung des OVG Münster nicht mehr zutreffen.

sich sehr allgemein am "Sinn und Zweck der Unfallfürsorgebestimmungen". Im Hinblick auf die Fürsorgepflicht des Dienstherrn gingen etwaige Zweifel daran, "ob die Voraussetzungen eines Dienstunfalles vorliegen, dann zu Lasten des Dienstherrn, wenn sie nach dem gegenwärtigen Stand der medizinischen Wissenschaft nicht ausgeräumt werden können". Dies erscheint im Sinne der hier vertretenen Meinung unrichtig, da es sich hier um einen Sozialanspruch handelt und aus dem Subsidiaritätsprinzip die Vermutung für die selbständige Existenzerhaltung des Einzelnen folgt. Dann hat aber er und nicht der Dienstherr im Falle der Unerweislichkeit von Voraussetzungen der Fürsorgeleistung das Prozessrisiko zu tragen.

Im Falle der bereits erwähnten Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 24.10.1957 1) wird ein auch in unserem Sinne richtiges Ergebnis erzielt: der Kläger hat das Prozessrisiko zu tragen, was sich aus dem hier abgeleiteten Prinzip sehr einfach ergibt, da es sich eindeutig um einen Sozialanspruch handelt 2). Das Gericht begründete seine Entscheidung jedoch aus dem Unterschied zwischen anspruchsbegründenden und anspruchvernichtenden, -hindernden und anspruchshemmenden Tatsachen und weist aus diesem Grunde die Beweislast dem Kläger zu. Obwohl das Ergebnis richtig erscheint, so kann doch die Begründung nicht überzeugen.

III. DIE LEHRE

Während die Gerichte in den meisten Fällen bemüht waren im zu entscheidenden Prozess einen Modus für die Beweislastverteilung zu finden, die Frage also mehr kasuistisch behandelten 3), wurde im Schrifttum mehrmals der Versuch gemacht, ein allgemein verwertbares Beweislastverteilungsprinzip zu finden. Die einzelnen Auffassungen wurden bereits ausgeführt, so dass es sich nun nur noch darum handeln kann, sie in Beziehung zu dem hier vorgeschlagenen Verteilungsprinzip zu setzen.

Fast alle der vertretenen Auffassungen legen das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip des Zivilprozesses zu Grunde 4), was nach dem Gesagten nicht

1) NJW 1958/39

2) Der Kläger verlangte hier die Erhöhung seiner Rente. "Er hat daher die objektive Beweislast für die feststellungsbedürftige Tatsache, dass die Entstehung seines Leidens und die dadurch bedingte Erwerbsunfähigkeit durch den militärischen Dienst verursacht worden ist".

3) Ausgenommen das Bundesverwaltungsgericht für Anfechtungssachen, vgl. die Entscheidung vom 18.4.1956.

4) So auch De Clerck, JZ 1960/13; auch das Bundesverwaltungsgericht geht davon aus (E 3/308); insbesondere auch Ule, DVBl 1959/537 ff, der feststellt, dass die richtige Beweislastverteilung im Verwaltungsprozess sich nicht aus verfas-

ausschlaggebend sein kann. Dem hier vorgeschlagenen Verteilungsprinzip am nächsten scheinen die Auffassungen von Hoffmann 1) und Schneider 2) zu kommen. Hoffmann weist die Beweislast jeweils der Partei zu, die aus der nach Verfassung und Gesetz abgegrenzten Eigensphäre heraustritt und ein Recht auf Ausdehnung dieser Eigensphäre geltend macht. Hier erscheint zum ersten Mal die Verbindung der Beweislastverteilung des Verwaltungsprozesses mit der im Grundgesetz festgelegten freiheitlichen Regel, auf die Schneider dann in besonders eindringlicher Weise hingewiesen hat. Die Eigensphärentheorie Hoffmanns erweist sich bei genauerer Prüfung als Ausnahme-Regel-Prinzip. Er legt die in der Verfassung vorgegebene Eigensphäre des Einzelnen und des Staates - und damit das Eigenwertverhältnis der Prozessbeteiligten - seinem Verteilungsprinzip zu Grunde und kennzeichnet alles, was sich als ausserhalb dieser Regel erweist als Ausnahme, als Ausdehnung und Erweiterung der Regel und bürdet folgerichtig der Partei, die die Regel sprengt, das Prozessrisiko auf 3). Schneider stellt ebenfalls und sehr wesentlich auf das verfassungsrechtlich gegebene Verhältnis zwischen Staat und Bürger ab und weist so dem Staat die Beweislast für Eingriffe in die Freiheit des Einzelnen zu, bürdet aber für Ansprüche des Einzelnen gegen den Staat, insbesondere für Sozialansprüche die Beweislast dem Bürger auf. Dem ist voll zuzustimmen. Alle anderen Meinungen können in diesem Sinne nicht befriedigen, da sie das grundgesetzlich gegebene Wertverhältnis der Prozesssubjekte ausser acht lassen. Auch der Meinung des Bundesverwaltungsgerichtes ist also erst dann völlig beizutreten, wenn das Gericht diese Grundsätze in das von ihm vertretene Ausnahme-Regel-Prinzip aufnimmt.

Fortsetzung der Fussnote 4 von Seite 92:

sungsrechtlichen Grundsätzen herleiten lasse, sondern sich aus der Anwendung des allgemeinen Beweislastverteilungsprinzips auf die besonderen Verhältnisse des Verwaltungsprozesses ergebe. Ebenso auch Deppe, Beweislast, S. 31; Tietgen, DVBl 1956/683 ff; Menger, Verwaltungsrechtspr. S. 828, der die Entscheidung des OVG Münster vom 25. 2. 1955 (in DVBl. 1955/670) und die Entscheidung des Bundessozialgerichtes vom 24. 10. 1957 begrüsst; ähnlich auch Bachof, JZ 1957/374 ff. Anderer Ansicht sind z. B. der VGH Stuttgart v. 12. 11. 1954 in VRspr. Bd. 8/257; Dahlinger, NJW 1957/7; Hoffmann, DVBl 1957/603 ff.

1) DVBl 1957/603.

2) In dubio pro libertate, S. 278, 279.

3) So können auch die von Deppe, Beweislast, S. 33 angemeldeten Bedenken, mit diesem Verteilungsprinzip würden die Fälle nicht erfasst, in denen sich der Prozessgegner einem geltend gemachten Rechte oder einer Berechtigung gegenüber auf eine Ausnahmeregel beruft, ausgeräumt werden.

6. Kapitel: Zusammenfassung des 2. Teiles und Schlussbetrachtung

I. ZUSAMMENFASSUNG

Nach der in Teil 1 dargestellten Differenzierung der Beweislast in eine objektive und eine subjektive Beweislast kann es im Verwaltungsstreitverfahren nur eine objektive Beweislast, eine Feststellungslast geben. Diese muss es aber auch im Verwaltungsprozess geben, da es auch hier, wo der Untersuchungsgrundsatz herrscht, auf die Feststellung entscheidungserheblicher Tatsachen ankommt.

Bei der Findung eines allgemeinen Verteilungsprinzipes für die Beweislast im Verwaltungsprozess wurde von dem gewonnenen Erklärungsprinzip ausgegangen. Die Beweislastverteilung ist aus dem Eigenwertverhältnis der Prozesssubjekte in Verbindung mit dem von ihnen jeweils zu vermutenden Verhalten abzuleiten. Dieses Eigenwertverhältnis zwischen Einzelindividuum und Staat, die sich im Verwaltungsstreit gegenüberstehen, wird im Bereich der verfassungsrechtlichen Grundentscheidung bestimmt.

Das Grundgesetz hat, indem es als oberstes Konstitutionsprinzip die Menschenwürde und damit die grundsätzliche Freiheit des Einzelnen festlegt, die Wertrelation zwischen Staat und Individuum dahin bestimmt, dass grundsätzlich die Freiheit des Einzelnen höher zu bewerten und zu achten ist, als die Autorität des Staates. Die grundsätzliche Freiheit des Einzelnen und die Vermutung, er werde sich demnach rechtmässig verhalten, bilden die freiheitliche Grundregel. Von dieser Regel erscheint jeder Eingriff in die Freiheit als Ausnahme.

Für die Beweislast im Verwaltungsprozess bedeutet dies, dass bei behördlichen Akten, die sich als Eingriff in die Eigensphäre des Einzelnen und damit als Ausnahme von der freiheitlichen Regel erweisen, stets die Behörde, der Staat das Prozessrisiko zu tragen hat. Massgeblich dafür, ob ein Eingriff des Staates vorliegt, ist allein das materiellrechtliche Grundverhältnis. Der Bereich der Sozialansprüche zeigt, dass Gegenstand eines Verwaltungsstreitverfahrens auch - im Gegensatz zu den Abwehransprüchen des Einzelnen gegen staatliche Eingriffe - ein Anspruch auf staatliche Hilfe sein kann. Unter Zugrundelegung des Subsidiaritätsprinzips gilt jedoch die Vermutung, dass der in Freiheit lebende Mensch auch für seine Existenz und allgemein für alle Belange seiner Eigensphäre selbst sorgen könne und wolle. Diese Vermutung wird zum Bestandteil der freiheitlichen Regel gemacht, und es erweist sich sonach jeder Anspruch, mit dem der Einzelne aus seiner Eigensphäre austritt, als Ausnahme von der freiheitlichen Regel. Folgerichtig hat in solchen Fällen er die Beweislast zu tragen.

Für Ermessensentscheidungen gilt nichts anderes, da massgeblich für die Beweislastverteilung das materiellrechtliche Grundverhältnis ist. Dieses Verhältnis wird aber vom Vorliegen eines Ermessensspielraumes nicht berührt.

Für den Bereich der sogenannten Parteistreitigkeiten gilt das gewonnene Beweis-

lastverteilungsprinzip nicht, da in ihnen nicht das Verhältnis Staat - Bürger Grundlage des Prozesses ist, sondern ein Gleichordnungsverhältnis und insoweit die freiheitliche Regel hier nicht von Bedeutung wird. So kann hier bedenkenlos das allgemeine Beweislastverteilungsprinzip des Zivilprozesses übernommen werden.

II. SCHLUSSBETRACHTUNG

Die in dieser Arbeit gewonnenen Erkenntnisse sollen nicht in einem Gesetzgebungsvorschlag zusammengefasst werden. Dies erscheint nicht angebracht, obwohl die neue, bundeseinheitliche Verwaltungsgerichtsordnung zur Beweislastverteilung nicht Stellung nimmt, und obwohl eine gesetzliche Regelung dieser Materie dringend geboten scheint.

Wie im Verlauf der Untersuchung deutlich wurde, hängt die Beweislast im Verwaltungsprozess von der Fundamentalentscheidung des Grundgesetzes zum Verhältnis zwischen Staat und Einzelindividuum ab. Erscheint dieses Verhältnis heute zwar in grossen Zügen von Rechtsprechung und Lehre erfasst zu sein, so bedürfen in diesem Zusammenhang doch noch sehr viele Fragen der Klärung. Es kann daher nach dem heutigen Stand der wissenschaftlichen und praktischen Erkenntnisse zu dieser Frage noch keine gesetzliche Regelung der Beweislastverteilung im Verwaltungsstreitverfahren empfohlen werden 1).

Wenn es dennoch Ziel dieser Arbeit war, ein allgemeines, praktisch verwertbares Verteilungsprinzip zu finden, dann einmal deshalb, um die Praxis von dem Moment der Ungewissheit zu befreien, und zum anderen, um für eine spätere gesetzliche Regelung die nach der hier vertretenen Meinung entscheidenden Voraussetzungen einer gerechten Beweislastverteilung aufzuzeigen. Die gewonnenen Erkenntnisse sollen daher in einigen Thesen zusammengefasst werden:

1. Im Verwaltungsprozess gibt es eine Beweislast. Sie kann allerdings nur im Sinne der objektiven Beweislast, der Feststellungslast, verstanden werden. Wegen des herrschenden Untersuchungsgrundsatzes fehlt eine subjektive Beweislast, eine Beweisführungslast.
2. Die Verteilung der Beweislast wird von dem im Grundgesetz vorgegebenen Verhältnis zwischen Staatsgewalt und Individuum bestimmt. Alles was sich als Abweichung von diesem Grundverhältnis darstellt, gilt als Ausnahme von der freiheitlichen Regel. Wer sich aber auf eine Ausnahme beruft, trägt für die, die Ausnahme rechtfertigenden Voraussetzungen das Prozessrisiko.

1) Die Verwaltungsgerichtsordnung hat denn auch wohl unter diesem Gesichtspunkt die Regelung der Beweislast unterlassen.

3. Ob sich eine Handlung des Staates oder ein Anspruch des Einzelnen als Ausnahme darstellt, bestimmt das materiellrechtliche Grundverhältnis, indem es die Ausnahmevorschrift mit der freiheitlichen Regel in Beziehung setzt.
4. Handelt es sich um die Abwehr eines Eingriffs in die Freiheitssphäre des Einzelnen, so trägt der Staat das Prozessrisiko. Bei Ausdehnung der Sphäre des Einzelnen, im Fall von Ansprüchen gegen den Staat, insbesondere bei Sozialansprüchen, trifft den Bürger die Beweislast.

L E B E N S L A U F

Am 9.1.1937 wurde ich in München als Sohn von Georg und Maria Auer, geb. Kirschner geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger. Nach dem Besuch der Volksschule in Starnberg von 1943 bis 1947 bestand ich die Aufnahmeprüfung in die höhere Schule und besuchte dann bis zur Ablegung der Reifeprüfung im Sommer 1956 die Oberrealschule in München-Pasing.

Im Wintersemester 1956/57 immatrikulierte ich mich zum Studium der Rechtswissenschaften an der Ludwig-Maximilians-Universität zu München, wo ich auch die folgenden 7 Semester studierte. Nach Beendigung des 7. Semesters legte ich im Frühjahr 1960 die erste juristische Staatsprüfung in München ab, die ich im Herbst 1960 zur Notenverbesserung wiederholte. Seit September 1960 bin ich Rechtsreferendar in München.

Im Wintersemester 1961/62 und im Sommersemester 1962 studierte ich an der Johannes Gutenberg-Universität in Mainz. Ich war zu dieser Zeit Gastreferendar in Mainz. Die mündliche Doktorprüfung legte ich am 28.2.63 ab.

Die zweite Lokomotive ist im Jahre 1907
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die dritte Lokomotive ist im Jahre 1908
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die vierte Lokomotive ist im Jahre 1909
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die fünfte Lokomotive ist im Jahre 1910
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die sechste Lokomotive ist im Jahre 1911
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die siebte Lokomotive ist im Jahre 1912
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die achte Lokomotive ist im Jahre 1913
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die neunte Lokomotive ist im Jahre 1914
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.
Die zehnte Lokomotive ist im Jahre 1915
in der Fabrik in Berlin gefertigt worden.

